Zweites Pfandrecht an Fahrnis im früheren und im geltenden Recht

Eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung des römischen Rechts und des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte bei der hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

IRENE ULLMANN

Freiburg im Breisgau

1935

Buchdruckerei Gebrüder Neubauer, Ludwigshafen am Rhein

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Herr Prof. Dr. F. Pringsheim

Durch die Genehmigung einer Dissertation
nimmt die Fakultät zu den darin ausgesprochenen Anschauungen
keine Stellung.

Meinem hochverehrten Lehrer

Herrn Prof. Dr. Fritz Pringsheim

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhalts-Verzeichnis:

1. Abschnitt. Antike. Seite

1. Kapitel: Das römische Recht.

I. Die Entwicklung des 2. Pfandes.

§ 1. Bedingte Sachverpfändung 1
§ 2. Verpfändung der actio pigneraticia? 7
§ 3. Verpfändung als unbedingte Sachverpfändung 10

II. Die Stellung des Nachhypothekars im einzelnen 12
§ 4. Das Besitzrecht 12
§ 5. Verkaufsrecht? 15
§ 6. Sukzession 18
§ 7. Der Anspruch des zweiten Gläubigers auf den Pfandüberschuß 20
§ 8. Schutz gegen Betrug 24

2. Kapitel.

§ 9. Die Regelung im griechischen Recht 25

2. Abschnitt: Die gegenwärtigen Rechtsordnungen.

1. Kapitel: Die Bestimmungen des BGB.

I. Die Begründung des zweiten Pfandes 27
§ 10. Pfandbestellung durch Verschaffung mittelbaren Besitzes . . 27
§ 11. Verpfändung durch Einräumung des Mitbesitzes 29
§ 12. Praktische Fälle 30

II. Rechte und Pflichten des zweiten Pfandgläubigers
§ 13. Die Besitzrechtsverhältnisse vor Pfandreife 33
§ 14. Verwahrungspflicht, Nutzungsrechte und Aufwendungsersatz 34
§ 15. Der Pfandverkauf 35
§ 16. Die Rechte am Pfanderlös 38
§ 17. Lösungsrecht des 2. Gläubigers 42

Anhang.

§ 18. Zusammenfassung der zwischen römischem Recht und BGB bestehenden Unterschiede 45

2. Kapitel: Gegenwärtige ausländische Rechtsordnungen.

§ 19. Das schweizerische Recht 47
§ 20. Die Bestimmungen des österreichischen Rechts 49
§ 21. Die Vorschriften des Code Civil 51
§ 22. Das englische Recht 53
§ 23. Schlußbemerkung 56

Uebersicht über die Bestellung eines 2. Pfandes und die dem 2. Gläubiger zustehenden Hauptbefugnisse 58
Literaturverzeichnis 59

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543125_0064

1. ABSCHNITT:

Antike.

1. KAPITEL:

Das römische Recht.

I. Die Entwicklung des 2. Pfandes.

§ 1. Bedingte Sachverpfändung.

Eine Betrachtung der aus der mehrmaligen Verpfändung der gleichen Sache entstehenden Probleme erfordert selbst bei stärkster Begrenzung des gestellten Themas einige Hinweise über den Charakter des römischen Pfandes überhaupt. Nur dann wird es nämlich möglich sein, Klarheit zu gewinnen über die Art der Bestellung und die Gestalt des zweiten Pfandes.

Als Ausgangspunkt dieser Untersuchungen muß darum zunächst das alte römische Pfand als Verfallspfand charakterisiert werden. Als älteste Pfandform begegnet uns dabei die Fiducia, bei welcher ein Schuldner seinem Gläubiger eine Sache zu Eigentum überließ mit der Bestimmung, daß dieselbe im Falle der Zahlung auf den Schuldner zurückübertragen werden müsse[1]). Wurde die Schuld am Tage der Fälligkeit nicht beglichen, so verblieb das Eigentum endgültig beim Pfandgläubiger. Dieser konnte weder gegen den Schuldner einen Ergänzungsanspruch geltend machen, weil etwa sein Anspruch durch die Sache nicht gedeckt wurde, noch besaß der Schuldner die Möglichkeit, einen Mehrwert der Sache ausbezahlt zu verlangen. Ueberschritt der Sachwert tatsächlich die Höhe der Forderung — was den Regelfall gebildet haben wird, denn keinem Gläubiger bietet eine etwa dem Forderungsbetrage entsprechende Sache eine genügende Sicherheit —, so wurde der Ueberschuß als eine Vertragsstrafe angesehen, die dem Gläubiger wegen der ausbleibenden Erfüllung durch den Schuldner verfiel[2]).

---

[1]) Oertmann: Die Fiducia im röm. Privatrecht, S. 15, 124.

[2]) Manigk: PWR 9 295.

Die hier für die Fiducia dargelegten Grundsätze gelten in gleicher Weise auch für das pignus in seiner ältesten Gestalt, als einem Pfande, bei dem das Eigentum beim Verpfänder verbleibt und nur der Besitz auf den Gläubiger übergeht. Auch bei dieser Pfandform findet sich der Verfallsgedanke dergestalt, daß die Sache im Falle der Nichterfüllung der Schuld in das Eigentum des Gläubigers übergeht. Wie man sich diesen Eigentumserwerb zu denken hat, ob ein solcher bei Nichtzahlung automatisch eintritt, oder ob der Gläubiger nur einen Anspruch auf Eigentumsübertragung im Wege der brevi manu traditio erwirbt, ist aus den Quellen nicht zu ersehen[3]).

In seiner bisher geschilderten Form ist das Pfand nicht in das Corpus Iuris aufgenommen. Daß jener Zustand jedoch einmal bestanden hat, können wir aus der von Lenel[3a]) festgestellten Formel und mittelbar aus Dig 20, 5, 9, 1 und Dig 46, 1, 63 entnehmen, aus der besonderen Betonung des Umstandes, daß ein etwaiger Fehlbetrag vom Gläubiger beim Schuldner angefordert bzw. ein außer dem Pfande zur Sicherung der Forderung bestellter Bürge für denselben in Anspruch genommen werden kann. Beide Stellen handeln vom Verkaufspfand, dessen Zweck es ist, einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Gläubigers und denjenigen des Schuldners zu schaffen. Wenn also die hier selbstverständliche Forderung auf den Differenzbetrag noch besonders genannt wird, so liefert uns diese Hervorhebung den Beweis für einen anderen Rechtszustand in früherer Zeit.

In der ältesten Epoche hat also der Schuldner nach erfolgter Erstverpfändung über sein Eigentum an der Pfandsache bereits verfügt und es verbleibt ihm gegen seinen Gläubiger nur noch ein Anspruch auf Rückübereignung nach erfolgter Zahlung.

Bei dieser Sachlage ist aber eine zweite Verpfändung überhaupt nur möglich als eine bedingte Sachverpfändung, bedingt durch den Wegfall des ersten Gläubigers. Diese Rechtslage läßt sich aus verschiedenen Digestenstellen erweisen.

Vorangestellt sei das recht schwierige und sehr umstrittene Fragment 20, 1, 15, 2.

Aus dieser Stelle leitet Dernburg[4]) folgende Entwicklung des zweiten Pfandes ab:

---

[3]) Rabel: Grundzüge des röm. Privatrechts, S. 494.

[3a]) Edikt, 3. Aufl., 1927, S. 292.

[4]) Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechts, 1860/64 Bd. 2, S. 480

Im frühesten Stadium wurde dem zweiten Gläubiger der Pfandüberschuß, d. h. die auf dessen Herausgabe gerichtete actio pigneraticia bzw. fiduciae verpfändet.

In Ergänzung dieser Abrede findet sich in späterer Zeit die Verpfändung der Sache an den Sekundus für den Fall des Erlöschens des Pfandrechtes des ersten Gläubigers.

Zu diesem Ergebnisse kommt Dernburg zwangsläufig, weil seine Zeit den Digestentext als klassisches Recht anerkennt. Die in den sieben Jahrzehnten seit Abfassung des Dernburgschen Werkes entwickelte Interpolationenforschung führt jedoch zu einer anderen Auslegung der genannten Stelle.

Unrichtig ist Dernburgs Lehre schon darum, weil er die Verpfändung der actio pigneraticia als erste Stufe bezeichnet, während, wie oben dargelegt, ein solcher Anspruch dem Schuldner in ältester Zeit überhaupt nicht zustand.

Weiterhin wird wohl nicht übersehen werden dürfen, daß das römische Pfandrecht recht schwach ausgebildet ist, dagegen die von Dernburg angeführte Konstruktion einen juristischen Aufbau aufweist, von dem zweifelhaft ist, ob ihn das römische Recht überhaupt erreicht hat; wenn ja, dann aber bestimmt noch nicht z. Zt. des Gaius.

Im folgenden wird nun Dig 20, 1, 15, 2 eine Stelle, die nur von Manigk[5]) und von diesem wohl zu Unrecht für echt gehalten wird, im einzelnen zu besprechen sein:

Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est: aut solidum cum primo debito liberata res fuerit. de quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit hypothecae? et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? sed illud magis est, quod prius diximus.

Unbestritten echt ist der Anfang der Stelle, daß bei Vermeidung strafrechtlicher Nachteile (auf diese Frage wird an anderer Stelle eingegangen) der Verpfänder dem zweiten Pfandgläubiger mitzuteilen pflegt, daß die Sache niemandem als dem Lucius Titius ver-

---

[5]) PWR 9, 368.

pfändet sei. Das nunmehr sich anschließende „ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata" wird von Naber[6]) gestrichen, während Fehr[7]) die von Naber beanstandeten Worte stehen läßt, dagegen das hierauf folgende „ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est", „als eine sinnlose Wiederholung des vorhergehenden Satzes" für interpoliert erklärt.

Ich glaube jedoch nicht zu weit zu gehen mit der Behauptung, daß beide Sätze aus der Feder der Kompilatoren geflossen sind und an ihrer Stelle etwas anderes gestanden hat. Für diese Behauptung sprechen einmal grammatikalische Argumente: Die Stelle beginnt mit der Verpfändung eines ganzen Vermögens — res s u a s —, während in den beiden verdächtigten Sätzen nur noch von der Verpfändung e i n e r Sache „res sit obligata" die Rede ist. Der nunmehr mit s o l i d u m als Neutrum beginnende Satz entbehrt jeglichen Anschlusses, sodaß man wohl annehmen muß, daß an Stelle jener beiden Sätze irgend ein Ausspruch über eine bedingte Sachverpfändung gestanden hat. Im Anschluß an diesen Gedanken würde dann seine Fortführung mit den Worten in solidum[8]) verständlich werden. Im weiteren Verlaufe der Stelle finden wir alsdann die Erörterung „de quo videndum est, utrum ita hoc se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit, ut sit hypothecae". Ein soeben festgestelltes Ergebnis, die bedingte zweite Verpfändung, wird sogleich wieder angezweifelt, und bei der mit „utrum an" eingeleiteten Frage möchte man gerne erfahren, w a s sich eigentlich so verhalten solle; denn festgestellt ist doch nur, daß nach Wegfall der ersten Forderung die Sache dem zweiten Gläubiger voll verhaftet ist, was seinen Ausdruck wiederum findet in dem Satze „et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata". Mit diesen Worten muß die Stelle ursprünglich geschlossen haben; denn das bereits oben angedeutete Spiel, eine aufgestellte Behauptung sogleich wieder zu bezweifeln, wird auch hier wieder aufgenommen mit den Worten „an adhuc pars", während man bei dem Schlußsatze sich nicht enthalten kann, zu fragen, was denn eigentlich „prius" gesagt worden ist.

Wir ersehen nunmehr, daß wir es mit einer stark überarbeiteten Stelle zu tun haben, bei der nur schwer Echtes vom Unechten

---

[6]) Mnemosyne 38, 254 n. 7.

[7]) Beiträge zur Lehre vom röm. Pfandrecht in klassischer Zeit, S. 77.

[8]) Fehr, a. a. O. S. 77.

zu scheiden ist[9]). Eine entsprechende Würdigung der angeführten Verdachtsmomente läßt uns die Stelle etwa folgendermaßen rekonstruieren:

„Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio." Hierauf folgt ein uns unbekannter Text mit dem oben dargelegten Inhalte bedingter Sachverpfändung. Im Anschlusse daran fährt Gaius fort: „in solidum cum primo debito res liberata fuerit. Solida res conventioni inesse videtur, cum a primo creditore fuerit liberata".

Die bedingte Zweitverpfändung läßt sich weiter nachweisen an Dig 20, 4, 4, einer Stelle, die nach den Forschungsergebnissen Otto Lenels von fiducia handelt[10]).

Ein Schuldner hat eine Sache wegen zweier Forderungen an zwei verschiedene Gläubiger verpfändet. Vor Befriedigung eines Gläubigers verkauft er dem ersten irgend eine Sache aus seinem Vermögen und anstatt sich den Kaufpreis auszahlen zu lassen, tilgt er damit im Wege der datio in solutum die dem Käufer gegen ihn zustehende Forderung. Zugleich mit dieser erlischt das zu ihrer Sicherung bestellte Pfandrecht, sodaß nunmehr der zweite Pfandgläubiger aufrückt. Erst nach Wegfall des Ersten ist vom Zweiten die Rede, wiederum ein Beweis, daß dieser während der Existenz des ersten Pfandrechtes keinerlei Recht an der Sache hat.

Was die Echtheit der Stelle angeht, so ist verdächtig die in den Worten „nec enim — pensaverit" enthaltene Gleichstellung von compensatio und solutio, die wohl erst den Byzantinern angehört, während im klassischen Rechte die Koexistenz zweier Forderungen dieselben nicht ipso iure zum Erlöschen brachte, sondern nur die Möglichkeit gab, dieselben durch einen Ausspruch des iudex zu tilgen[11]).

An dem für die Begründung eines zweiten Pfandes festgestellten Ergebnisse vermag diese Interpolation jedoch nichts zu ändern.

---

[9]) Verdächtigt von Rabel (a. a. O. S. 496 n. 4), Ebrard (Die Digestenfragmente ad form. hyp. und die Hypothecarezeption, S. 84), Albertario (Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche 49, 64).

[10]) Palingenesia iuris civilis, Bd. 2, S. 147, Nr. 800.

[11]) Biondi, (La compensazione nel diritto Romano. Annali del Seminario Giuridico della r. Università di Palermo, Vol. XII., S. 168, 324) Rabel a. a. O., S. 496 n. 4.

Noch klarer als aus den bisher besprochenen beiden Stellen ergibt sich die Natur der zweiten Verpfändung als einer bedingten aus Dig 20, 4, 9, 3:

Titia gibt ein fremdes Grundstück erst ihrem Manne Titius zum Pfande und später dem Maevius. Als sie danach Eigentümerin desselben wird, übergibt sie das Grundstück ihrem Manne zur dos und überträgt damit das ihr zustehende Eigentum auf Titius. Mit ihrem Eigentumserwerb convalesciert das Pfand des Titius. Dies sei als feststehende Regel anerkannt, da dieses Problem für die Erörterung des gestellten Themas nicht interessiert. Später zahlt Titia ihre Schuld an Titius und bringt damit dessen Pfand zum Erlöschen. Es erhebt sich nun die Frage, ob Maevius damit erster Pfandgläubiger wird. African verneint, weil Titia in dem für die zweite Pfandbestellung entscheidenden Augenblicke des Wegfalls des ersten Gläubigers wiederum Nichteigentümerin ist.

Bezüglich der Echtheit der Stelle ist der Schlußsatz „haec-esse" als interpoliert anzusehen, was jedoch für die vorliegende Untersuchung ohne Bedeutung ist[12]). Beseler liest an Stelle von „alienum" — quod fiduciae causa mancipaverat und statt „domina facta" — usu receptum, während er die übrige Stelle von „non ideo — fin" völlig streicht[13]).

Hierzu ist zu bemerken, daß Verpfändung im Wege der fiducia das Nichteigentum der Titia erklärt, dieses sehr wohl aber auch auf anderen Gründen beruhen kann, ebenso Usucapion die häufigste, aber nicht die einzige Art eines späteren Eigentumserwerbes darstellt[14]). Was schließlich die gänzliche Streichung des übrigen Textes angeht, so kann man mit Volterra[15]) mit Recht behaupten, daß diese Kritik „zu spitzfindig und wenig rekonstruktiv ist." Mit Lenel darf die Stelle als echt angesehen werden und aus der Tatsache, daß Convalescenz nur in der Person des Titius, nicht in der des Maevius eintritt, erkennt man mit genügender Klarheit, daß die Rechtsstellung des zweiten Pfandgläubigers bedingt ist durch den Wegfall des Ersten. Besäße Maevius schon bei der Pfandbestellung irgend ein Recht, so müßte sich dieses im Augenblicke des Eigentumserwerbes seitens des Verpfänders ebenso zum Vollrechte erweitern, wie dies beim ersten Pfandgläubiger der Fall ist.

---

[12]) Rabel, a. a. O. S. 495 n. 4.

[13]) SZ 45 440.

[14]) Lenel: Africans Quaestionen, SZ 51, 36/37.

[15]) Osservazione sul Pegno di Cosa altrui in Diritto Romano, 1930, S. 32.

Zum Schlusse dieser Betrachtungen sei noch auf Dig 20, 4, 12, 8 erster Halbsatz verwiesen, eine Stelle, deren Echtheit aus formalen Gründen angezweifelt wird[16]), die jedoch, soweit sie das im Augenblicke zu erörternde Problem betrifft, als klassisch angesehen werden darf. Sehr kritisch und auf einen ganz anderen Fall abgestellt, ist die Auslegung, die Beseler[17]) von der Stelle gibt. Der Tatbestand ist kurz dahin zusammenzufassen, daß dem Titius wegen einer ihm zustehenden Forderung ein erstes Pfand an einem Grundstücke bestellt und dasselbe Grundstück später nochmals dem Maevius verpfändet wird, diesem jedoch mit der Hinzufügung „Ut si Titio desierit praedium teneri ei teneatur." Mit großer Deutlichkeit ist auch hier ausgesprochen, daß der zweite Pfandgläubiger erst zum Zuge kommt nach Wegfall des Ersten.

Die erste Epoche des Pfandrechtes gewährt also dem zweiten Gläubiger nur eine bedingte Rechtsstellung. Er ist anderen gewöhnlichen Gläubigern gegenüber nur insoweit privilegiert, als er bei Wegfall der ersten Belastung nicht mit diesen in Konkurrenz tritt, sondern ein dingliches Recht an der Sache geltend machen kann. Dies ist jedoch der einzige Vorzug, den er genießt. Fällt die vorgehende Belastung nicht weg, so ist die Bedingung für die Entstehung seines Rechtes ausgefallen. Er hat alsdann nicht mehr Macht als sonstiger Gläubiger, dem niemals ein Vorrecht irgend einer Art zugedacht war.

§ 2. Verpfändung der actio pigneraticia?

Bei dem im vorhergehenden Paragraphen geschilderten Zustande ist jedoch das römische Recht nicht stehen geblieben. Den Uebergang zum Pfandverkauf ermöglicht die Anerkennung eines zwischen Schuldner und Pfandgläubiger abgeschlossenen pactum de vendendo. Im weiteren Verlaufe der Entwicklung wird das Recht des Gläubigers, die verpfändete Sache bei Eintritt der Pfandreife zu verkaufen, als so selbstverständlich angesehen, daß ein Ausschluß dieser Befugnis durch ein pactum de non vendendo besonders vereinbart werden muß (Dig 13, 7, 4). Abgeschlossen wird diese Epoche durch das von Constantin erlassene Verbot der lex commissoria (Cod. 8, 34, 3). Fortan ist das Pfand nur noch Verkaufspfand, jede im voraus getroffene Verfallsabrede ist nichtig. Damit erwirbt der Schuldner einen mit der actio pigneraticia geltend

[16]) Fehr a. a. O. S. 104; Ebrard, a. a. O. S. 191; Kunkel, SZ 45, 326.
[17]) SZ 43, 543.

zu machenden Anspruch auf den Pfandüberschuß, den er zur weiteren Kreditbeschaffung verwenden könnte.

Angeschnitten wird dieses Problem in drei Digestenstellen, die nunmehr zu untersuchen sind.

Zuerst wäre wiederum auf das bereits oben[18]) erörterte Fragment 20, 1, 15, 2 zu verweisen. Die darin enthaltenen Sätze, die auf eine Verpfändung der actio pigneraticia schließen ließen, wurden schon damals als eine Ueberarbeitung eines früheren klassischen Textes gekennzeichnet. Es handelt sich mithin um justinianisches Recht und gibt keinen Anhaltspunkt für die Begründung eines zweiten Pfandes durch Aktionenverpfändung in klassischer Zeit.

Der in Dig 46, 3, 96, 3 enthaltene Satz „superfluum pignorum obligari placuerit" ist von Mommsen[19]) und Lenel[20]) als Glosse erwiesen worden. Während in der ersten Hälfte, die klassisches Recht enthält, „pignora duobus contractibus obligantur", findet sich in der zweiten Hälfte die Verpfändung des Ueberschusses für b e i d e Belastungen, was auch für die Byzantiner falsch ist und die Glosse ersichtlich macht; denn auch bei Justinian ist die erste Verpfändung eine solche der Sache, erst die zweite diejenige des superfluum. Damit bestätigt sich die bereits bei Dig 20, 1, 15, 2 aufgestellte Behauptung der Verpfändung der Hyperocha als einer nachklassischen Einrichtung.

Als letzte Stelle ist nunmehr noch Dig 22, 2, 6 zu erörtern, und zwar soll diese in der von Fritz Schulz[21]) geschaffenen Rekonstruktion zugrunde gelegt werden. Auf die Argumente, die zu derselben geführt haben, näher einzugehen, kann ich mir versagen, da es mir hier nicht darauf ankommt, die allgemeinen Fragen der Gefahrtragung zu erörtern, sondern die Stelle nur insofern herangezogen werden soll, als sie die zweite Pfandbestellung betrifft, und insoweit auch als klassisch angesprochen werden kann[22]):

„Faenerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando quasdam merces pignori accepit, ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium, aliis navibus impositarum propriisque faeneratoribus obligatarum s i q u i d s u p e r f u i s s e t pignori accepit."

---

[18]) S. 3 ff.

[19]) Krügersche Digestenausgabe, Anm. 11, l. c.

[20]) Palingenesia I., S. 938, Nr. 671.

[21]) Einführung in das Studium der Digesten, S. 31/32.

[22]) Beseler: SZ 45 468.

Ein Darleiher empfängt als Sicherung für ein gewährtes Seedarlehen Waren, die sich auf einem Schiffe befinden. Soweit deren Erlös zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht, kann er sich an Waren eines anderen Schiffes halten, die aber bereits einem anderen Gläubiger verpfändet sind, und eben darum nur „si quid superfuisset". In dem von Paulus besprochenen Falle handelt es sich um eine bei der Schiffahrt recht häufige Erscheinung, und es ist wohl anzunehmen, daß die angeführten Worte eine feststehende Verpfändungsformel darstellen. Zu ihrer Erklärung muß zunächst festgestellt werden, daß ein Gläubiger eine Sachgesamtheit, wie sie eine Schiffsladung darstellt, nur insoweit angreifen darf, als dies zur Tilgung der Forderung nötig ist. Lagern demnach auf einem Schiffe z. B. 500 Zentner Getreide, von denen 300 zur Befriedigung des ersten Gläubigers ausreichen, so darf nur diese Menge zum Verkauf gebracht werden, während die übrigen 200 Zentner der Pfandhaftung des zweiten Gläubigers unterliegen. Bei dieser Sachlage müssen die Worte „si quid superfuisset" ausgelegt werden als ein Ueberrest der Schiffsladung, nicht des aus jener gezogenen Erlöses. Hierfür spricht als grammatikalisches Argument der unmittelbare Anschluß jener Worte an „mercium obligatarum."

Den wirklichen Sinn von „si quid superfuisset" hat man bis jetzt noch nicht zu ermitteln vermocht. Große Wahrscheinlichkeit spricht für die gegebene Auslegung und gegen die Annahme einer Hyperochaverpfändung.

Wenn jedoch diese Stelle als Beleg für die Verpfändung der actio pigneraticia herangezogen werden sollte, so ist jene Interpretation zumindest ebenso hypothetisch wie die oben gegebene. Es darf vor allem aber nicht außer acht gelassen werden, daß von drei für die Betrachtung untersuchten Stellen zwei als interpoliert erwiesen sind, während die Auslegung der Dritten ungewiß ist. Die Lehre von der Verpfändung der actio pigneraticia stünde demnach auf so schwachen Füßen, daß sie mir jeder Berechtigung zu entbehren scheint.

Wenn ich mich bisher gegen die Verpfändung der Hyperochaforderung ausgesprochen habe, so liegt es mir fern, damit zugleich jede Möglichkeit einer Forderungsverpfändung überhaupt zu verneinen. Daß es eine solche gegeben hat, scheint mir aus Cod. 8, 16, 4 und Dig 13, 7, 18 pr. unzweifelbar hervorzugehen, wenngleich der Schluß der letztgenannten Stelle die Umwandlung in ein Pfandrecht an der Sache stark betont. Für die Verpfändung der actio pigneraticia auf Herausgabe des Pfandüberschusses fehlt jedoch jeder Quellen-

beleg, und ich muß darum auch für die geschilderte Epoche an einer bedingten Sachverpfändung festhalten.

§ 3. Zweite Verpfändung als unbedingte Sachverpfändung.

Eine Aenderung des bisher geschilderten Zustandes kann erst in dem Augenblicke eintreten, in dem die römische Jurisprudenz ein reines Vertragspfand ohne jegliches Besitzerfordernis als ausreichend anerkennt. Damit ist die ursprünglich außerordentlich starke Stellung des Erstpfandgläubigers, der zuerst Eigentum, dann Besitz und jetzt nur noch einen dinglichen Anspruch auf Besitzverschaffung bei Pfandreife erhält, in einem solchen Maße geschwächt, daß kein Grund mehr besteht, dem ersten Gläubiger weiterhin eine Monopolstellung einzuräumen, dergestalt, daß späteren Pfandgläubigern nur ein bedingtes Recht an der Sache zusteht. Nunmehr kann der Verpfänder mehrere Belastungen auf die Sache selbst legen.

Die zweite Verpfändung kann jetzt ebenso wie die erste durch bloßen Vertrag erfolgen und ergreift die Sache selbst. Wenn Dig 20, 4, 12, 7 erster Halbsatz von einer conventio spricht, die „simpliciter" abgeschlossen wird, so bedeutet dies, daß fortan auf die feierlichen Erklärungen. die früher erforderlich waren, verzichtet werden kann. Damit ist der Gegensatz zu Dig 20, 1, 15, 2, dem Falle der bedingten Sachverpfändung, klargelegt[23]).

Die gesetzliche Sanktion der unbedingten Zweitverpfändung finden wir ausgedrückt in Dig 20, 1, 13, 2, einer gewiß nicht unbedenklichen Stelle, die jedoch bezüglich des Anfanges — und nur auf diesen kommt es hier an — als echt angesprochen werden kann, in den Worten: „Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit."

Wenn bisher nur von der Form die Rede war, in welcher in diesem Stadium eine zweite Hypothek begründet werden kann, so darf dabei nicht übersehen werden, daß die Stellung des ersten Pfandgläubigers als eines dinglich Berechtigten durch spätere Belastungen nicht berührt werden darf[24]). Die Bestellung eines ersten Pfandes stellt eine Verfügung über die Pfandsache dar, dergestalt, daß der Verpfänder zwar immer noch in der Lage ist, auch weiterhin über die Sache zu verfügen, jedoch nur insoweit als ihm selbst noch Rechte verblieben sind. Entsprechend dem in Dig 50, 17, 54 ausgesprochenen Grundsatze „nemo plus iuris ad alium transferre

---

[23]) Dernburg, a. a. O. Bd. 2, S. 482.

[24]) Vgl. Dig 20, 4, 21 pr; 20, 4, 2; Cod. 8, 17, 6.

potest quam ipse haberet", der zwar in dieser Allgemeinheit nicht richtig ist, jedoch für die im Augenblicke zu behandelnde Frage sehr wohl herangezogen werden kann, muß die Stellung des zweiten Pfandgläubigers beschränkt sein gegenüber derjenigen des Ersten. Ausgedrückt ist dieser Grundsatz in der Formel: Prior tempore, potior iure (Cod. 8, 17, 2; 8, 17, 3; Dig 20, 4, 2; 20, 4, 21 pr.; 44, 2, 11, 10).

Was die juristische Konstruktion angeht, so muß zum Schlusse noch darauf hingewiesen werden, daß nach Bestellung eines Erstpfandes in der Form der fiducia oder des pignus mit Uebertragung des juristischen Besitzes[25]) auf den ersten Pfandgläubiger spätere Belastungen nur noch als Hypotheken bestellt werden können[26]). Eine Verpfändung im Wege der Verschaffung des mittelbaren Besitzes bzw. der Abtretung des Herausgabeanspruches ist dem römischen Recht unbekannt. Eine solche Regelung ist auch nicht erforderlich, da ja ein vollkommen besitzloses Pfand, die Hypothek, bestellt werden kann.

Hinsichtlich des Sprachgebrauches sei noch festgestellt, daß pignus ursprünglich sowohl zur Bezeichnung des Faustpfandes als auch des besitzlosen Pfandes verwendet wird, das Wort hypotheca wohl später als die Institution geschaffen worden ist[27]).

Ein Unterschied zwischen den beiden Systemen war den Römern nicht bekannt. Ausdruck gegeben ist dieser Tatsache in Dig 20, 1, 5, 1, wonach „inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt", während Inst. 4, 6, 7 Identität der Klagen aus beiden Formen feststellt.

Mit der zweiten Verpfändung als echter, unbedingter Sachverpfändung hat die Entwicklung in klassischer Zeit ihren Abschluß gefunden. Dieser Zustand dauert fort unter Justinian, in welcher Zeit allerdings, wie bereits in § 2 dargelegt, die Verpfändung der actio hypothecaria hinzukommt. Es ist mir nicht sehr wahrscheinlich, daß diese Art der Pfandbestellung wirtschaftlich eine sehr große Rolle gespielt hat. Nur wenige Gläubiger werden sich mit dem Minus, das ihnen die Forderungsverpfändung gegenüber der Sachverpfändung gewährt, zufrieden gegeben haben. Dennoch findet sich diese Konstruktion in jener Zeit und es ist Aufgabe dieser Abhandlung, ihre Existenz zumindest zu erwähnen.

---

[25]) Vgl. u. a. Dig 6, 2, 13, 1; 13, 7, 35, 1; 13, 7, 37; 41, 2, 1, 15; 41, 2, 37: possessio.

[26]) Ebrard a. a. O. S. 110; Manigk: Pfandrechtliche Untersuchungen, S. 87, Anm. 2.

[27]) Vgl. Dig 13, 7, 1 pr. Pfandbestellung nuda conventione, Manigk, a. a. O. S. 94.

II. Die Stellung des Nachhypothekars im einzelnen.

Beschäftigten sich die vorangegangenen Ausführungen lediglich mit den Problemen betr. die Bestellung des zweiten Pfandes, so soll im folgenden auf die dem zweiten Pfandgläubiger im einzelnen zustehenden Befugnisse eingegangen und diese in der Reihenfolge besprochen werden, in welcher sie wirtschaftlich Bedeutung gewinnen.

§ 4. Das Besitzrecht.

Eine Betrachtung der Besitzrechtsverhältnisse bei mehrfacher Verpfändung derselben Sache muß unterscheiden zwischen den Rechten gegenüber dem Erstpfandgläubiger und denjenigen gegenüber außenstehenden Dritten.

Die entscheidende Regelung dieser Frage findet sich in der sehr umstrittenen Digestenstelle 20, 4, 12 pr.

Nach einer von Fehr[28]) begründeten, von Ebrard[29]) und Mitteis[30]) begünstigten Lehre ist das Wort hypotheca in den Digesten stets interpoliert. Manigk[31]) dagegen erklärt hypotheca als Bezeichnung für ein besitzloses Pfand durchweg für echt, unter Hinweis darauf, daß mit der Rezeption des griechischen Wortes nicht unbedingt diejenige des Institutes verbunden sein müsse. So sehr bezüglich der letzten Ausführung Manigk zuzustimmen ist, insbesondere das Vertragspfand als solches älter sein wird, als der hierfür geprägte Ausdruck[32]), so glaube ich dennoch, keiner der beiden Lehren zustimmen zu dürfen. Gewiß gibt es Fragmente, die den Terminus hypotheca enthalten und als interpoliert erwiesen sind. Diese Stellen weisen jedoch alsdann noch andere Verdachtsmomente auf, und um den Gefahren, die jede verallgemeinernde Theorie in sich birgt, zu entgehen, empfiehlt es sich, jede einzelne Stelle auf ihr Echtheit zu prüfen.

Der um Dig 20, 4, 12 pr. entstandene Streit wegen des Wortes hypotheca ist wohl zugunsten der Echtheit der Stelle zu entschei-

---

[28]) a. a. O., S. 1.
[29]) a. a. O., S. 82.
[30]) SZ. 31 490.
[31]) Berliner Philol. Wochenschrift, 1912, Nr. 1.
[32]) S. o., S. 11.

den, Fehr[33]) und Ebrard[34]) verdächtigen die gesamte Stelle, während Lenel[35]) nur die Klausel pignori hypothecaeve beanstandet. Beseler[36]) stößt sich ebenfalls in erster Linie hieran und streicht außerdem die Worte in modum supra relatum, sowie et adiudicari — fin. Jörs. — Kunkel[37]) und Siber dagegen[38]) treten, da außer dem Worte hypotheca weitere Verdachtsmomente fehlen, mit Recht für deren Echtheit ein und Arangio — Ruiz[39]) spricht von einer graecisierenden Terminologie Marcians.

Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est, si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata: sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat si non convenit, ut sibi res sit obligata, hic in modum supra relatum replicabit. sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget et adiudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.

Nachdem bisher nur auf die formale Seite der Stelle eingegangen und zugunsten ihrer Echtheit entschieden worden ist, sei im folgenden ihr Inhalt im einzelnen dargelegt. Dig 20, 4, 12 pr. enthält drei Fälle:

1. Der zweite Pfandgläubiger klagt mit der actio hypothecaria auf Besitzüberlassung gegen den Ersten. Er unterliegt in diesem Prozesse, weil der erste Pfandgläubiger ihm gegenüber ein Besitzvorrecht hat, auf welches er mit der exceptio rei sibi ante pigneratae verweisen kann; vgl. Dig. 44, 2, 19[40]).

2. Strengt umgekehrt der erste Gläubiger die genannte Klage gegen den Nachhypothekar an und versucht dieser, seinen Besitz durch Geltendmachung der exceptio rei sibi pigneratae aufrechtzuerhalten, so kann der Erstpfandgläubiger gegen diese Einrede die replicatio rei sibi a n t e pigneratae geltend machen und mittels dieser den Besitz des zweiten Gläubigers aufheben.

3. Der Besitz der Pfandsache befindet sich bei einem Dritten, der nicht Pfandgläubiger ist. Klagt der Nachhypothekar gegen die-

[33]) a. a. O., S. 122.
[34]) a. a. O., S. 82/83.
[35]) Edictum Perpetuum, S. 493, Anm. 13.
[36]) Beiträge 2, 141.
[37]) Geschichte und System des röm. Privatrechts, S. 156, Anm. 3.
[38]) Röm. Recht II; Röm. Privatrecht, S. 125.
[39]) Bulletino del Istituto di Diritto Romano, Bd. 32, S. 36.
[40]) Ermann: SZ 11, 252.

sen mit der actio hypothecaria, so kann er durch sie den Besitz der Sache an sich bringen, muß sie jedoch dem Ersten auf dessen Verlangen herausgeben.

Der Stelle liegt folgender Gedanke zugrunde: Entsprechend dem Grundsatze prior tempore, potior iure soll dem ersten Gläubiger jeweils die Möglichkeit gegeben sein, die Sache an sich zu bringen ohne Rücksicht auf ein nachgehendes Pfandrecht. Der zweite Pfandgläubiger dagegen muß sich eine Beschränkung seiner Rechte wohl durch den Ersten gefallen lassen, nicht dagegen durch irgend einen außenstehenden Dritten. Sieht er die Pfandsache irgendwo bedroht, z. B. durch schlechte Behandlung einer wertvollen Sache, ungenügende Fütterung eines verpfändeten Tieres, so kann er, um einen Verlust oder eine Verschiechterung seines eigenen Pfandrechtes infolge Untergangs oder Wertminderung der verpfändeten Sache zu verhüten, die Sache in seinen Gewahrsam bringen. Der Erstpfandgläubiger hat demgegenüber jedoch jederzeit die Möglichkeit, die Sache vom zweiten herauszuverlangen. In verkürzter Form wiedergegeben wird die dargelegte Entscheidung in Dig 20, 4, 12, 7.

Von vorheriger Abfindung des ersten Gläubigers abhängig gemacht wird die Klage von Ebrard[41]) auf Grund von Dig 20, 4, 11, 4. Dies jedoch mit Unrecht, da die zitierte Stelle einen anderen Fall behandelt, auf den an anderem Orte in entsprechendem Zusammenhange eingegangen wird[41]a).

Die Zubilligung der actio hypothecaria an den Nachhypothekar, das einzige Plus der unbedingten Sachverpfändung gegenüber der bedingten, gewährt diesem außerordentlich wenig Rechtsmacht infolge der jederzeitigen Zugriffsmöglichkeit des vorgehenden Pfandgläubigers. Der Sekundus handelt in keinem Falle aus eigener Machtvollkommenheit, sondern stets als Gestor des Gläubigers. Die Klage gegen einen fernstehenden Dritten wird ein zweiter Pfandgläubiger, eben weil er die Wegnahme durch den Ersten stets befürchten muß, in aller Regel nur anstrengen, wenn ein besonderer Grund vorliegt, insbesondere der Sache Gefahr droht. Alsdann wahrt er mit Erhebung der Besitzklage zugleich, wenn nicht vor allem, das Interesse des ersten Pfandgläubigers, sodaß seine Stellung als Geschäftsführer des Ersten hier besonders deutlich zutage tritt.

---

[41]) a. a. O., S. 108.

[41]a) s. u. S. 20.

§ 5. Verkaufsrecht?

Die Wirksamkeit einer Pfandbestellung zeigt sich vor allem in dem Augenblicke, in welchem der Gläubiger mangels Erfüllung der zugrundeliegenden Forderung seine Befriedigung aus der Sache zu suchen beginnt, d. h. bei Einleitung der Veräußerung nach Eintritt der Pfandreife.

Die nunmehr zu erörternde Frage formuliert sich folgendermaßen: Welche Befugnisse stehen dem zweiten Gläubiger mit Bezug auf die Verwertung der Sache zu?

Um das Ergebnis gleich vorwegzunehmen, läßt sich feststellen, daß die Rolle, die der Nachhypothekar dabei spielt, eine äußerst negative ist.

Das Verkaufsrecht ist ein Privileg des ersten Pfandgläubigers (Cod. 8, 17, 8), der hinsichtlich der Wahl des Zeitpunktes völlig frei ist, und durch Ausübung seines Rechtes nachfolgende Belastungen jederzeit zum Erlöschen bringen kann, ohne die Interessen des zweiten Gläubigers zu berücksichtigen (Dig 13, 7, 6 pr. 1. Satz. Dig 46, 1, 51, 3). Die Tatsache der Zerstörung auch der nachfolgenden Belastungen ist aus den Digesten nur mittelbar zu entnehmen. Dig 20, 5, 3 spricht vom Erlöschen des ius offerendi, während Dig 20, 4, 12, 7 die actio hypothecaria gegenüber dem Käufer versagt. Ius offerendi und Besitzklage sind aber die einzigen dem zweiten Gläubiger während des Bestehens des Pfandrechtes zustehenden Rechte, sodaß aus deren Versagung auf ein Erlöschen des Pfandrechtes geschlossen werden kann.

Rabel[42]) betrachtet das Verkaufsprivileg des ersten Pfandgläubigers als eine Reminiszenz an die bedingte Sachverpfändung, bei welcher die Verwirklichung des zweiten Pfandrechtes von der Ausübung des ersten abhing. Nach Dernburg fehlt das Verkaufsrecht dem Sekundus nicht gänzlich, sondern ist an die Bedingung vorheriger Abfindung des Primus geknüpft[43]). Von dieser These bis zur völligen Verneinung eines Verkaufsrechtes ist jedoch nur noch ein sehr kleiner Schritt, der m. E. gewagt werden darf. Wenn nämlich der zweite Gläubiger den Ersten abgefunden hat, so scheidet dieser aus dem Pfandverbande gänzlich aus und der Sekundus vollzieht den Verkauf als erster Pfandgläubiger. Aus diesem Grunde wird unbedenklich von einem gänzlichen Fehlen des Verkaufsrechtes gesprochen werden können.

---

[42]) a. a. O., S. 497.

[43]) Pfandrecht II, S. 484.

Das gegen den zweiten Pfandgläubiger gerichtete Verbot der Vornahme eines Pfandverkaufes hat jedoch nicht die Nichtigkeit eines etwa einmal dieser Vorschrift zuwider vom Nachhypothekar abgeschlossenen Pfandverkaufes zur Folge. Einem solchen fehlt vielmehr nur die Qualität eines Pfandverkaufes, was seinen Ausdruck findet in Dig 20, 5, 1: „Nullo iure titulo pignoris vendidit." Ein solcher Verkauf ist darum ebenso zu beurteilen wie jeder andere Verkauf einer res aliena (vgl. Dig 18, 1, 28).

Bei dem Verbote der Ausübung des Pfandverkaufes durch den Nachhypothekar handelt es sich um zwingendes Recht, das durch Parteiabrede nicht abgeändert zu werden vermag. Wird trotzdem einmal ein pactum de vendendo abgeschlossen, so ist dasselbe nichtig und berührt die Verkaufsbefugnis des ersten Gläubigers nicht. Dessen Vormachtstellung bleibt unberührt, wie aus Dig 20, 4, 12, 10 eindeutig hervorgeht. Diese Stelle darf als echt angesprochen werden, denn selbst Fehr[44]) kann ihr nichts anderes zur Last legen als das Wort hypotheca.

Eine Bestätigung dieses Ergebnisses liefert uns ferner Dig 20, 3, 3, eine Stelle, deren Auslegung keineswegs einheitlich feststeht:

Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur. denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat. quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.

Findet jemand einen ersten Pfandgläubiger ab, so rückt er an dessen Stelle nur dann, wenn ihm selbst ein Recht an der Sache zusteht, nicht dagegen, wenn es sich um einen Dritten handelt, der zur Sache in keinerlei Rechtsbeziehung steht. Wenn mit dem ersten Gläubiger ein pactum de distrahendo abgeschlossen wurde, mit dem zweiten dagegen nicht, so erwirbt dieser dennoch die Verkaufsbefugnis in dem Augenblicke — aber auch erst dann —, in welchem er an die Stelle des ersten Gläubigers tritt.

Streit entbrannte wegen dieser Stelle in erster Linie um die Frage, ob das ganze Fragment (um einen einheitlichen Fall muß

[44]) a. a. O., S. 105.

es sich bestimmt handeln) ein von einem Nachhypothekar[45]) oder ein von einem Dritten[46]) ausgehendes Abfindungsgeschäft behandelt.

Die gegenwärtige Abhandlung nimmt mit Manigk ein Abfindungsgeschäft eines Nachhypothekars an, weil überhaupt nur dann von der Ausübung eines Pfandverkaufes die Rede sein kann, verzichtet indessen darauf, auf die Gründe im einzelnen einzugehen, weil es ihr ausschließlich darauf ankommt, das fehlende Verkaufsrecht des secundus creditor auch an dieser Stelle nachzuweisen, und vor allem die Unmöglichkeit, demselben vertraglich dieses Recht einzuräumen. Dies aber geht aus der Tatsache hervor, daß das Verkaufsrecht des Zweiten auf diesen nur vom ausscheidenden ersten Gläubiger, nicht dagegen von irgendeiner anderen Person — insbesondere dem Verpfänder — übertragen werden kann.

Es ist jedoch dem Nachhypothekar nicht nur jede aktive Beteiligung an der Durchführung des Pfandverkaufes verwehrt, sondern die Beschränkung seiner Rechte geht sogar so weit, ihm selbst den Erwerb der Pfandsache als deren Käufer zu untersagen. Wird zwischen Pfandgläubiger 1 und 2 ein Kaufvertrag abgeschlossen, so ist dieser zwar nicht nichtig, wird aber nicht als solcher aufrechterhalten, sondern umgedeutet als Ausübung des Ablösungsrechtes des Nachhypothekars. Dig 20, 5, 6 sagt uns für diesen Fall, daß der zweite Gläubiger angesehen werde, als habe er gezahlt, nicht „adquirendi dominii quam servandi pignoris sui causa". Durch den Kauf erwirbt er darum kein Eigentum an der Pfandsache, sondern die Rechtsstellung des ersten Gläubigers.

Diese Möglichkeit des zweiten Pfandgläubigers, an die Stelle des ersten zu rücken, hat gegenüber der unmittelbaren Ausübung des ius offerendi wirtschaftlich den Vorteil, daß er u. U. den Gläubiger nicht voll zu befriedigen braucht, sondern die Sache, etwa bei Fehlen anderer Käufer zu einem geringeren Preise erstehen kann. Wenngleich der zweite Gläubiger in der Regel wenig Interesse daran haben wird, eine Sache, belastet mit einem Pfande wegen der gezahlten Summe und dem eigenen zweiten Pfande zu erwerben, nachdem beim ersten Verkauf nicht einmal die erste Forderung gedeckt wurde, so wird er sich vielleicht doch hierzu entschließen mit Rücksicht darauf, im Wege der impetratio dominii (Cod. 8, 33, 1) einmal Eigentum zu erwerben, statt bei Ueberlassung an einen dritten Käufer mit seinem Pfande gänzlich auszufallen.

---

[45]) Manigk: Pfandrechtliche Untersuchungen, S. 43 ff.
[46]) Herzen: SZ, 25, 456.

Zu den bisherigen Ausführungen muß eine Einschränkung gemacht werden zugunsten des Fiskalpfandes. Der Fiskus als zweiter Pfandgläubiger hat kraft der besonderen Stellung, die er privaten Personen gegenüber in vieler Hinsicht einnimmt[47]), Verkaufsbefugnis. Dig 49, 14, 22, 1 gibt dem Fiskus die Möglichkeit, das Pfand zu verkaufen und den Erstpfandgläubiger aus dem Erlöse vorabzubefriedigen, und nur den Ueberschuß für sich zu behalten, während im Normalfalle der erste Gläubiger v o r Einleitung des Pfandverkaufes durch den Nachhypothekar abgefunden sein muß. Statt dessen kann der Fiskus aber auch den gesamten Erlös an sich ziehen und den vorgehenden Gläubiger aus eigener Tasche befriedigen.

Wie bereits betont, handelt es sich jedoch hierbei um eine Ausnahmeerscheinung, die die zuvor aufgestellte Regel zwar zu durchbrechen, nicht dagegen aufzuheben vermag.

§ 6. Sukzession.

Um den stets zu befürchtenden Verkauf durch den Erstpfandgläubiger abzuwenden, gibt es für den Nachhypothekar nur ein wirksames Mittel: Ausübung des ius offerendi et succedendi (Dig 20, 5, 5 pr). Diese einem jeden Pfandgläubiger zustehende Befugnis (Cod. 8, 17, 5), einen anderen wegen seiner Forderung zu befriedigen und dadurch an seine Stelle zu rücken, bildet das wichtigste und einzig absolut sichere Recht des zweiten Pfandgläubigers. Ausdruck gegeben ist dieser Tatsache in dem von Ebrard[48]) als „Binsenwahrheit" bezeichneten zweiten Satze von Dig 20, 4, 11, 9 „et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet nisi ut solvat priori et loco eius succedat". Diese Formulierung läßt Bedenken bezüglich der Echtheit der oben[49]) besprochenen Digestenstelle 20, 4, 12 pr. aufsteigen. Wenn in Fragment 9 gesagt wird, daß das ius offerendi das einzige dem secundus zustehende Recht bildete, wie vereinbart sich hiermit die Gewährung der actio hypothecaria im Principium? Wenn wir uns jedoch gemäß den oben[50]) gemachten Ausführungen darüber klar werden, wie wenig Rechtsmacht jene Stelle dem zweiten Gläubiger verleiht, so frägt man sich, ob hier überhaupt noch von einem Rechte die Rede sein kann, und in Erkenntnis dieses Umstandes können die beiden Stellen sehr wohl neben einander bestehen.

---

[47]) Werner Müller: Fr. 50, Dig de iure fisci, 49, 14, ein Beitrag zum röm. Fiskalrecht. Inaugural-Diss., Leipzig 1927.

[48]) a. a. O., S. 115 n. 67.

[49]) S. 13.

[50]) S. 14.

Das ius offerendi bildet den wichtigsten Teil des Pfandrechtes des zweiten Gläubigers und steht diesem ohne besondere Einräumung zu, Cod. 8, 18, 4[51]). So wie dieses Recht keiner besonderen Verleihung bedarf, so steht auch dem Schuldner kein Widerspruchsrecht gegen die Erfüllung der Forderung durch den zweiten Pfandgläubiger zu (Dig 20, 4, 12, 6). Lehnt der erste Gläubiger die Erfüllung durch den zweiten ab, und klagt er nunmehr gegen den Schuldner auf Zahlung, so zeigt uns die Formel des Ediktes „neque per Am. Am. stare, quominus solvatur", daß diese Klage der Abweisung unterliegt[52]). In solchem Falle kann der zweite Hypothekar in Wahrung seiner Rechte den angebotenen Betrag hinterlegen[53]).

Entsprechend Dig 20, 5, 9 pr. kann das Lösungsrecht bis zum Abschlusse eines Kaufvertrages ausgeübt werden. Nur bis zu diesem Zeitpunkte kann nämlich auch der Schuldner das Pfandrecht des Ersten durch Erfüllung aufheben, und da der zweite Pfandgläubiger nur die dem Verpfänder nach der ersten Pfandbestellung noch verbliebenen Rechte ausüben kann, endet das ius offerendi im gleichen Augenblicke.

Die Oblation des Nachhypothekars, als Angebot der Zahlung anstatt und für den Schuldner, bewirkt das Erlöschen der Forderung des ersten Pfandgläubigers gegen den Schuldner. Mit dieser zugleich erlischt aber auch dessen Pfandrecht. Die Wirkung des Ausscheidens des ersten Pfandgläubigers aus dem Pfandverbande erhellt daraus, daß zahlreiche Stellen davon sprechen, daß durch Oblation der Zweite den Ersten entlassen könne „dimittere"[54]).

Die Folge dieser Entlassung des Ersten ist nun eine Befestigung des Rechtes des Zweiten, der nunmehr für sein Pfand Besitz und Verkaufsrecht hat. Hiermit erklärt sich der in Dig 49, 15, 12, 12, Dig 20, 4, 9, 3 und Cod. 8, 17, 5 gebrauchte Ausdruck „pignus confirmare", während gerade diese Worte andererseits auf ein von Anfang an bestehendes Pfandrecht an der Sache hinweisen[55]).

Die dem Nachhypothekar auf Grund der Ausbietung des Vormannes zustehenden Rechte sind einmal die Verschaffung des Be-

---

[51]) Dernburg: Pfandrecht II, S. 520.

[52]) Lenel: Edictum Perpetuum, S. 493. Vergl. auch Dig 20, 4, 11, 4.

[53]) Cod. 8, 17, 1. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechtes, 1. Bd., S. 1175/76.

[54]) Paul. Sent. 2, 13, 8: priorem dimittere potest und dimittere non prohibetur. Dig 20, 5, 1, pr. secundum dimissum. Dig 42, 1, 15, 5, dimisso priore. Dig 20, 3, 3, ut dimitteretur. Dig 20, 4, 16, primum dimisit, und ähnlich Dig 32, 38, pr. ut dimitteret. Dig 40, 9, 25, prioribus dimissis, Dig 42, 8, 16, priores dimissi. Dig 42, 6, 3, 2, hereditariis dimissis. Dig 42, 8, 10, 1, fin. priores dimissi.

[55]) Fr. Schulz: SZ, 27, 105.

sitzes an der Pfandsache. Das ist der Fall, den Dig 20, 4, 11, 4 bespricht, und die Entscheidung des Gaius lautet dahin, daß dem Nachhypothekar die actio hypothecaria selbst dann zu gewähren ist, wenn er infolge Widerspruchs des 1. Gläubigers noch nicht tatsächlich geleistet hat, zur Zahlung jedoch bereit ist. So ist die genannte Stelle auszulegen und nicht Abfindung des ersten Gläubigers als Voraussetzung der Gewährung der actio zu betrachten, wie Ebrard[56]) dies tut (entspr. Paulus Sent. 2, 13, 8: quo possessio in eum transferatur; Dig 13, 7, 9, 5).

Weiterhin steht dem ablösenden Zweiten gegen den Schuldner ein obligatorischer Anspruch auf Erstattung des an den Ersten gezahlten Betrages, als auf die Sache gemachte impensae utiles, sowie der Zinsen, nicht dagegen auf Zinseszinsen zu (Cod. 8, 13, 22; Dig 13, 7, 8, 9). Demgemäß rückt der abfindende Pfandgläubiger auch nur in Höhe der Abfindungssumme einschließlich Zinsen an die Stelle des Abgefundenen. Wenn also z. B. der dritte Pfandgläubiger den Ersten ablöst, so tritt er nur mit dem aufgewendeten Betrage an dessen Stelle, nicht dagegen mit seiner eigenen Forderung, hinsichtlich welcher ihm der Gläubiger 2 im Range vorgeht. (Dig 20, 4, 16.)

Der zweite Pfandgläubiger erwirbt weder die Forderung des Ersten – diese ist untergegangen und an ihre Stelle ist eine Ersatzforderung für gemachte Verwendungen getreten[57]) —, noch deren Pfandrecht, das gleichfalls mit der Forderung erloschen ist. Zur Sicherung seiner Ersatzforderung steht dem zweiten Gläubiger vielmehr ein neues Pfandrecht zu, „das kraft hypothekarischer Sukzession den Rang des ausbezahlten erhält“[58]). Nur Windscheid[59]) nimmt zwar einen Untergang der Forderung, jedoch die Aufrechterhaltung des ursprünglichen Pfandrechtes an, während die gemachten Ausführungen der in der Literatur herrschenden Lehre folgen.

§ 7. Der Anspruch des zweiten Pfandgläubigers auf den Pfandüberschuß.

Hat die Betrachtung von Dig 20, 5, 3 pr. gelehrt, daß der zweite Pfandgläubiger das ius offerendi nur bis zum Abschlusse eines Kaufvertrages zwischen Erstpfandgläubiger und einem Dritten ausüben kann, so muß nunmehr untersucht werden, welches Recht dem

---

[56]) S. o. S., 14.

[57]) Dernburg: Pfandrecht II, S. 519; Siber: a. a. O., S. 125.

[58]) Siber: a. a. O., S. 125.

[59]) a. a. O., S. 1173.

Schuldner verbleibt, wenn er von seinem Lösungsrechte keinen Gebrauch macht und der ihm vorgehende Gläubiger verkauft hat.

Da es sich bei dieser Frage um eine ziemlich undurchsichtige Regelung handelt, muß zunächst einmal der Anspruch des Schuldners gegen den Pfandgläubiger geprüft werden. Dieser Betrachtung vorangeschickt sei die Bemerkung, daß sämtliche im folgenden zu besprechenden Stellen von fiducia handeln, während für pignus jeglicher Beleg fehlt[60]).

Dig 13, 7, 42 und Dig 13, 7, 24, 2 gewähren beide dem Schuldner einen Anspruch auf den vom Gläubiger beim vollzogenen Verkauf erzielten Ueberschuß, sind jedoch beide (vielleicht erst von der Kompilation) auf den Fall abgestellt, daß der Gläubiger delegieren will. Dig 13, 7, 6, 1 und Dig 13, 7, 7 behandeln den Fall, daß der Gläubiger den Pfandüberschuß einem anderen als Darlehen gibt oder für sich selbst verwendet, oder dem Schuldner zu spät ausbezahlt. In allen diesen Fällen wird eine Zinspflicht des Gläubigers festgestellt.

Betrachtet man die vier hier angeführten Stellen, so fällt auf, daß keine davon grundsätzlich die Pflicht zur Herausgabe des Pfandüberschusses feststellt, sondern stets Spezialfragen erörtert werden. Daß diese Verpflichtung des Gläubigers bestanden hat, ist daher nur mittelbar aus den Worten „iudicio quod de pignore dato proponitur" (Dig 13, 7, 42) und „pigneraticio iudicio conveniri" (Dig 13, 7, 24, 2) zu ersehen. Deutlicheren Ausdruck findet der Anspruch in Cod. 8, 27, 20, wo von „actio de superfluo" die Rede ist, ebenso wie in Paul. Sent, 2, 13, 1: „Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem."

Sonderbar ist außerdem, daß weder die Formel für fiducia[61]), noch diejenige für pignus[62]) auf den Anspruch auf das superfluum recht anwendbar ist; denn beide sprechen von einer Verurteilung für den Fall, „eamque rem redditam non esse". Von einer Rückgabe der Sache kann aber nach Pfandverkauf nicht mehr die Rede sein und zu einem befriedigendem Ergebnis gelangt man nur dann, wenn man sich klar macht, daß die Formel zwar ihrem Wortlaute nach nicht paßt, wohl aber sachlich richtig ist, da der Pfanderlös an die Stelle der Sache tritt.

---

60) Lenel: Pal. I, S. 891, Nr. 449; II, S. 618, Nr. 904; II, S. 147, Nr. 798; Eisele: SZ, 30, 114.

61) Lenel: Edictum Perpetuum, S. 292.

62) Lenel: a. a. O., S. 255.

Wenn wir uns bisher bei der Betrachtung der Klage des Schuldners gegen den Gläubiger auf wenig festem Boden befanden, so wird die gestellte Frage noch dunkler, wenn wir sie dahin formulieren: Hat der zweite Pfandgläubiger einen Anspruch auf den Pfandüberschuß gegen den Ersten?

Marcian behandelt in Dig 20, 4, 12, 5 folgenden Fall: Ein Schuldner hat eine Sache an zwei Gläubiger verpfändet. Die Forderung des ersten Gläubigers fällt durch Novation weg und an ihre Stelle tritt eine andere, deren Höhe die frühere übersteigt. Der Gläubiger 1 ist in Höhe der alten Forderung an seinem früheren Platze geblieben, während er mit dem Mehrbetrag an dritte Stelle rückt. Darum kann er sich beim Pfandverkaufe auch nur bis zum Betrage der alten Forderung befriedigen, während er den Mehrerlös dem zweiten Gläubiger herausgeben muß: „quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat". Beseler[63]) hält die Stelle von „sed si — fin" für interpoliert mit Argumenten, die nicht ohne weiteres abzuweisen sind, insbesondere wenn man berücksichtigt, daß das von Marcian herangezogene Papinianzitat die beanstandeten Sätze nicht enthält (vgl. Dig 20, 4, 3 pr).

Dig 20, 4, 20 ist die einzige Digestenstelle, die den uns zur Bezeichnung des Pfandüberschusses so geläufigen Ausdruck „hyperocha" gebraucht, während sonst stets von „superfluum" oder einer ähnlichen Umschreibung die Rede ist[64]). Bei dieser keineswegs unverdächtigen Stelle[65]) wird ein dem soeben besprochenen sehr ähnlicher Fall erörtert, bei dem die Entscheidung alsdann lautet, daß der zweite Gläubiger „potior" sei als der Dritte, der zugleich auch Erstpfandgläubiger ist. Da die ganze Stelle nur vom Pfandüberschuß handelt, muß „potior" auf die Hyperocha bezogen und so ausgelegt werden, daß der Zweite mit der Klage auf dieselbe „mächtiger" ist als der Dritte. Beseler[66]) hält die Worte „potior-postponatur" für interpoliert und gelangt damit zur völligen Verneinung einer Hyperochaforderung des zweiten Gläubigers. Bevor hierauf näher eingegangen wird, sei nur bemerkt, daß die von Beseler angeführten Argumente nicht so schwerwiegend sind. Außerdem sei noch kurz verwiesen auf Dig 46, 3, 96, 3, zweite Hälfte.

---

63) Beiträge, 4, S. 138.

64) S. o. S. 21.

65) Pringsheim: Festschrift für Otto Lenel, S. 243 n. 6; Levy-Rabel: Interpolationsindex.

66) Beiträge, 4, 138.

Hier bestehen mehrere Pfandrechte eines Gläubigers an einer Sache wegen zweier Forderungen. Bei Verkauf der Pfandsache wird der Gläubiger entsprechend den Grundsätzen der Rangordnung ohne Einräumung eines Wahlrechtes[67]) aus dem Erlöse zunächst wegen der ersten Forderung befriedigt, während der Ueberschuß auf die zweite Forderung angerechnet wird. Von Kompensation der Hyperochaforderung mit der Forderung des Gläubigers kann nicht die Rede sein, weil auch die zweite Schuld durch Barzahlung getilgt wird[68]). In Wirklichkeit handelt es sich um eine Anrechnung des Pfandüberschusses auf die zweite Forderung, wodurch dieselbe, je nach der Höhe des Ueberschusses, ganz oder teilweise getilgt wird. Dieser Ausgleich wird „compensare" genannt, und man wird nicht allein schon wegen dieses Ausdruckes auf eine Interpolation schließen dürfen.

Für die Betrachtung unserer Frage liefert die letztgenannte Stelle infolge ihrer Eigenart keinen Beweis. Das Problem tritt hier gar nicht zutage, weil der Gläubiger 1 zugleich der Gläubiger 2 ist, also von einer Klage des Zweiten gegen den Ersten gar nicht die Rede sein kann. Wie Beseler[69]) mit Recht sagt, geht der Anspruch des Nachhypothekars gegen den ersten Pfandgläubiger auf Auszahlung der Hyperocha nur aus zwei Stellen hervor. Bezüglich der Juristen, die sich mit dieser Frage beschäftigen, muß gesagt werden, daß vor Papinian (Dig 20, 4, 3 pr.) nichts zu finden ist, Marcian denselben zitiert (Dig 20, 4, 12, 5), und Tryphonin, ein Schüler Scaevolas (Dig 20, 4, 20) kurz nach Marcian lebte.

Das Ergebnis, das Beseler aus der Tatsache, daß die erste Stelle verdächtig und die zweite sehr dürftig ist, zieht, ist der Ausschluß einer Hyperochaforderung des Gläubigers 2 gegen den Gläubiger 1. Dies würde dazu führen, daß dem zweiten Gläubiger in der Tat nur das ius offerendi zustände. Machte er davon keinen Gebrauch, z. B. weil er wirtschaftlich nicht in der Lage ist, die erfahrungsgemäß stets höhere erste Belastung abzulösen, so könnte er sich nur noch an den Schuldner halten, an den, wie oben dargelegt, die Hyperocha alsdann ausbezahlt werden müßte. Hätte der Schuldner aber inzwischen das Geld anderweitig verbraucht, so ginge der zweite Gläubiger mit leeren Händen aus. Wirtschaftlich würde dies dazu führen, daß sich niemand mehr auf eine zweite Hypothek einließe.

---

[67]) Siber: SZ, 45, 181.

[68]) Biondi: Compensatio, S. 278; Kretschmar: Secum pensare, S. 104.

[69]) a. a. O., 4, 138.

Um diese Entscheidung, die jedem Rechtsgefühl widerspricht, und zudem wirtschaftlich untragbar ist, zu vermeiden, gibt es nur den einen Ausweg, sich der herrschenden Lehre anzuschließen und dem zweiten Gläubiger eine Klage gegen den Erstpfandgläubiger zuzubilligen[70]), die demselben als eine actio pigneraticia directa utilis zustehen wird. Die Klage des Schuldners gegen den Erstpfandgläubiger muß durch die zweite Verpfändung irgendwie gehemmt sein[71]), was wiederum in engem Zusammenhange steht mit der nächsten Stufe der Entwicklung, in welcher dem zweiten Gläubiger die Hyperochaforderung verpfändet ist.

Was schließlich die Zubilligung der Hyperocha im Verhältnis zum ius offerendi, als einzigem Recht des zweiten Gläubigers (Dig 20, 4, 12, 9) angeht, so kann das ius offerendi als das einzige Recht während des Bestehens beider Pfandrechte angesprochen werden. Der Anspruch auf die Hyperocha dagegen kann vom zweiten Pfandgläubiger erst nach dem Ausscheiden des Ersten aus dem Pfandverbande infolge Befriedigung geltend gemacht werden.

Die Frage nach der Art der Klage, wird in der Literatur übereinstimmend mit einer actio in personam beantwortet, jedoch größtenteils ohne nähere Quellenangabe. Am deutlichsten wird dies ersichtlich aus Cod. 8, 27, 20, wobei allerdings nicht sicher ist, ob die Worte „id est pigneraticia" nicht interpoliert sind[72]). Da es sich jedoch um keine andere Klage handeln kann, ist dies für unsere Betrachtung bedeutungslos. Weitere Anhaltspunkte für die aufgestellte Behauptung liefern die Digestenstellen 13, 7, 6, 1 und 13, 7, 7, die den Pfandüberschuß als beim Pfandgläubiger 1 hinterlegt ansehen, woraus zwingend folgt, daß es sich um einen obligatorischen Anspruch handelt. Als argumentum a contrario mag schließlich noch Dig 20, 1, 17 herangezogen werden, mit der Bemerkung, daß nur die Sachverfolgung eine actio in rem erzeugt, diese aber nach Pfandverkauf gar nicht mehr vorhanden ist[73]).

§ 8. Schutz gegen Betrug.

Die bisherigen Ausführungen setzten stillschweigend voraus, daß der Zweitpfandgläubiger wußte, daß ihm ein anderer Gläubiger im Range vorgeht.

---

[70]) Manigk: a. a. O., S. 74; Jörs-Kunkel: a. a. O., S. 160; Windscheid: a. a. O., S. 1227.
[71]) Dernburg: Pfandrecht II, S, 157, 488.
[72]) Pringsheim: Kauf mit fremdem Geld, S. 107 n. 3.
[73]) Dernburg: Pfandrecht II, S. 487/88.

Das römische Recht geht nämlich von der Annahme einer Garantie für die Nichtexistenz vorgehender Pfandrechte aus und macht den Verpfänder selbst bei Unkenntnis für bereits bestehende Belastungen haftbar[74]), sodaß dieser mit der actio pigneraticia contraria „in id quod interest" belangt werden kann (Dig 46, 1, 54), deren Ziel nach Dig 13, 7, 31 auf ein „indemnem praestare" gerichtet ist.

Was die strafrechtlichen Folgen angeht, beabsichtigt die Darstellung nicht auf Begriff und Wirkung des Stellionats näher einzugehen, sondern will lediglich feststellen, daß zweite Verpfändung ohne Kenntnis des Gläubigers unter diesen Begriff fällt (Dig 13, 7, 36, 1).

Die Art der Strafe ergibt sich aus Dig 47, 20, 3, 2. Zur Vermeidung dieser Gefahr pflegt der Verpfänder dem zweiten Pfandgläubiger von der bestehenden Erstbelastung Mitteilung zu machen und damit erklären sich die in Dig 20, 1, 15, 2 enthaltenen Worte: „periculum quod solent pati qui saepius easdem res obligant"[75]).

Damit kehre ich zu derjenigen Stelle zurück, die den Ausgangspunkt der Betrachtung bildete und es schließt sich damit der Ring der Untersuchungen um die zweite Hypothek im römischen Recht.

2. KAPITEL:

§ 9. Die Regelung im griechischen Recht.

Wie im römischen Recht muß auch hier zunächst der Charakter des griechischen Pfandes als eines Verfallspfandes grundsätzlich festgelegt werden[1]). Wohl findet sich auch in Griechenland die zweimalige Verpfändung derselben Sache[2]), doch wird sie regelmäßig als etwas Unerlaubtes angesehen. Darum ließ man sich bei der Verpfändung nicht nur die Freiheit von bereits bestehenden Belastungen zusichern, sondern auch Unterlassung künftiger weiterer Verpfändung zusagen.

Sollte jedoch einmal eine verpfändete Sache zugunsten eines zweiten Gläubigers belastet werden, so war hierzu die Zustimmung des ersten Pfandgläubigers erforderlich, weil dieser dadurch auf den ihm üblicherweise zufallenden Mehrwert der Sache gegenüber der Forderung verzichtete. Diese Einwilligung des ersten Gläubigers mußte nicht notwendigerweise erst im Augenblicke der Bestellung eines zweiten Pfandes erteilt werden, sondern konnte auch im voraus, d. h. bereits bei Begründung eines ersten Pfandes erklärt

[74]) Dernburg: Pfandrecht I, S. 166.
[75]) Eck: Neue pompejanische Geschäftsurkunden, SZ, 9, 85.
[1]) Hitzig: Das griechische Pfandrecht, S. 100.
[2]) Rabel: Verfügungsbeschränkungen, S. 19.

werden. Diese Gepflogenheit hat sich allmählich derartig eingebürgert, daß im 1. Jahrhundert v. Chr. in Ephesos mehrfache Pfandbestellungen üblich sind, ohne daß von einer Einwilligung des Erstgläubigers die Rede ist. Dies deutet jedoch nicht auf den Wegfall dieses Erfordernisses, das nach wie vor für die Nachverpfändung wesentlich blieb, und ohne welches die zweite Verpfändung nichtig war, sondern nur auf das Vorhandensein einer Einwilligung des ersten Gläubigers von Anfang an[3]).

Dieser wohl älteste Rechtszustand wurde in Athen durchbrochen durch die Gewährung eines Anspruches auf die beim Verfall des Pfandes sich ergebende Hyperocha[4]).

Ist aber der Gläubiger dem Schuldner kraft Gesetzes zur Auszahlung der Hyperocha verpflichtet, so kann der Verpfänder diesen Anspruch selbständig zu weiterer Kreditbeschaffung verwenden, ohne hierzu einer Genehmigung zu bedürfen.

Die zweite Pfandbestellung erscheint also im griechischen Rechte als eine Verpfändung der gegen den ersten Gläubiger gerichteten Hyperochaforderung und die Rezeption dieses Institutes in Rom mag eine Erklärung sein für die dort vorkommende Verpfändung der actio pigneraticia in byzantinischer Zeit.

Die Stellung des zweiten Pfandgläubigers ist im griechischen Rechte eine außerordentlich schwache. Vor allen Dingen fehlt ihm jedes Besitzrecht. Verpfändet ist ihm ausschließlich die Hyperocha und bis zu deren Feststellung muß er warten. Er gelangt erst zur Befriedigung nach Wegfall des Ersten, nachdem dieser sich beim Ausbleiben der Erfüllung die Sache weggenommen und sich damit zu deren Eigentümer gemacht hat[5]). Nunmehr wird die Hyperocha im Wege der Schätzung oder des Verkaufs festgestellt und der zweite Gläubiger durch Auszahlung desselben befriedigt.

Um sein Recht zu verstärken, gibt es für den zweiten Gläubiger nur die Möglichkeit, durch Ausübung des ius offerendi an dessen Stelle zu rücken[6]).

Ein kurzer Blick auf die kriminellen Folgen einer betrügerischen zweiten Verpfändung lehrt uns, daß eine Bestrafung von dem Eintritt eines Schadens abhing. Wurden sämtliche Interessen befriedigt, so fand keinerlei Strafverfahren statt, während andernfalls sehr hohe Strafen zu befürchten waren[7]).

[3]) Hitzig: a. a. O., S. 122.
[4]) Partsch: Besprechung von Pappulias, in Archiv für Papyrusforschung, Bd. V, S. 498.
[5]) Hitzig: a. a. O., S. 82.
[6]) Hitzig: a. a. O., S. 126.
[7]) Dernburg: Pfandrecht I, 73/74.

2. ABSCHNITT:

Die gegenwärtigen Rechtsordnungen.

1. KAPITEL:

Die Bestimmungen des BGB.

I. Die Begründung des zweiten Pfandes.

Als oberster Grundsatz für die Regelung des Pfandrechtes im BGB muß eine starke Betonung des Publizitätsgedankens festgestellt werden, der seinen Ausdruck findet in der Unzulässigkeit der Mobiliarhypothek, und der Besitzverschaffung als für die Entstehung eines Pfandrechtes an einer beweglichen Sache für unerläßlich erklärt. Dieses Erfordernis geht jedoch nicht so weit, unmittelbaren Besitz zur Voraussetzung wirksamer Pfandbestellung zu machen und damit jede Möglichkeit einer zweiten Verpfändung, als eines Rechtes an der Sache auszuschließen. Vielmehr ist auch im BGB der Verpfänder im Stande, mehrmals über die Sache zu verfügen[1]) und einer diese Freiheit beschränkenden Abrede versagt § 137 BGB dingliche Wirksamkeit. (Für Immobilien ausdrückliche Bestimmung des § 1136 BGB). Ehe auf Einzelheiten eingegangen wird, sei noch vorausgeschickt, daß die gesamte Darstellung die Person des Verpfänders als mit derjenigen des persönlichen Schuldners, sowie des Eigentümers identisch betrachtet.

§ 10. Pfandbestellung durch Verschaffung mittelbaren Besitzes.

Die nach § 1205 I BGB zu wirksamer Verpfändung erforderlichen Voraussetzungen sind Einigung über die Pfandbestellung und Sachübergabe.

Dieses Prinzip wird bereits in Absatz 2 der genannten Bestimmung durchbrochen und Verschaffung des mittelbaren Besitzes in Verbindung mit einer an den unmittelbaren Besitzer zu richtenden Anzeige als ausreichend erklärt. Diese Regelung ermöglicht sowohl die erstmalige Verpfändung einer nicht im Besitze des Verpfänders befindlichen Sache, als auch, worauf es mir hier vor allem ankommt, die mehrmalige Verpfändung einer Mobilie. Der Ver-

[1]) RGZ, 87, 324.

pfänder ist trotz der Verfügung über die Sache mittelbarer Besitzer geblieben und diese Beziehung zur Sache kann er zu weiterer Kreditbeschaffung verwenden.

Für die Einräumung des mittelbaren Besitzes gibt es zwei Möglichkeiten:

1. Die Uebertragung kann dadurch erfolgen, daß dem zweiten Pfandgläubiger der Anspruch auf Herausgabe der Sache nach Tilgung der Pfandschuld abgetreten wird, entsprechend § 870 BGB. Diese Abtretung erfolgt gemäß § 398 BGB durch Vertrag zwischen Verpfänder und zweitem Pfandgläubiger ohne jede Mitwirkung des ersten Pfandgläubigers[2]).

2. Die Besitzstellung des zweiten Pfandgläubigers kann aber auch dadurch begründet werden, daß der Verpfänder den unmittelbaren Besitzer anweist, fortan nicht mehr für ihn, sondern für den zweiten Gläubiger zu besitzen, woran sich alsdann eine das Besitzmittlungsverhältnis zwischen diesen beiden Personen begründende Vereinbarung anschließen muß[3]).

Wie immer jedoch die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes erfolgen mag, so reicht diese allein zur Pfandbestellung nicht aus. Im Gegensatz zu § 931, dem Falle der Eigentumsübertragung durch Einräumung des mittelbaren Besitzes, erfordert § 1205 zur Entstehung des dinglichen Rechtes eine Anzeige an den unmittelbaren Besitzer. Vorher liegt nur ein obligatorischer Vertrag vor, der den Verpfänder verpflichtet, dem Gläubiger die Befriedigung aus der Sache zu gestatten[4]). Die Anzeige bildet den Ersatz der körperlichen Uebergabe, sie stellt die eigentliche Verfügungshandlung dar und erst durch sie wird dem Publizitätserfordernis Genüge getan[5]).

Diese Anzeige als Tatbestandserfordernis ist nicht lediglich Tatsachenmitteilung, sondern Willenserklärung. Als solche kann sie auch stillschweigend abgegeben werden. Sie geht regelmäßig vom Verpfänder aus, kann aber auch vom Pfandgläubiger auf Grund einer diesem durch den Verpfänder erteilten Vollmacht kundgetan werden[6]) und ist an den unmittelbaren Besitzer zu richten. Nach § 1205 II braucht die Mitteilung von der Nachverpfändung nicht als Anzeige bezeichnet zu werden, „nach Sinn und Zweck der Be-

---

[2]) RG Warn., 1929, S. 25.

[3]) RG VI, 13. IV. 1926, in das Recht, 1926, Nr. 1109; RGRK, § 1205, Anm. 10.

[4]) M. Wolff: Das Sachenrecht, 1932, S. 618.

[5]) Staudinger, 3. Bd., 2. Teil, § 1205, 2b; RGRK, § 1205, Anm. 9; RGZ 85, 436.

[6]) RGZ, 89, 29.

stimmung muß vielmehr eine Benachrichtigung, in welcher klargestellt wird, daß das Verfügungsrecht nunmehr dem benannten Dritten zustehe, als ausreichend erachtet werden"[7]).

Die Verpfändung einer beweglichen Sache gemäß § 1205 II bildet ein bequemes Mittel zur Bestellung eines zweiten Pfandes. Ist von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht worden, so wird das Recht des Verpfänders, noch weitere Belastungen auf die Sache zu legen, hierdurch nicht berührt, sofern nur der Sachwert hoch genug ist, um einem weiteren Darleiher genügende Sicherheit zu bieten.

Die Zubilligung weiterer Verfügungsmöglichkeit folgt aus einer Betrachtung der nach erfolgter zweiter Verpfändung zwischen den beteiligten Personen bestehenden Besitzrechtsverhältnisse.

Der unmittelbare Besitz befindet sich beim ersten Pfandgläubiger, mittelbarer Besitzer ist der zweite Pfandgläubiger, während gemäß § 871 BGB dem Verpfänder ein mittelbarer Besitz höherer Stufe verblieben ist. War der erste Pfandgläubiger nicht unmittelbarer, sondern nur mittelbarer Besitzer, so verschiebt sich die dargelegte Besitzlage um eine Stufe. Das ihm verbliebene Besitzrecht kann der Verpfänder auch weiterhin auf eine andere Person übertragen und somit auch zum Zwecke weiterer Verpfändung verwerten[8]).

§ 11. Verpfändung durch Einräumung des Mitbesitzes.

Eine weitere Durchbrechung des Erfordernisses der Sachübergabe findet sich in § 1206 BGB, der die Einräumung des Mitbesitzes als zur Pfandbestellung ausreichend ansieht. Auch hier unterscheidet man wiederum zwei Formen, den unmittelbaren und den mittelbaren Mitbesitz.

Unmittelbarer Mitbesitz liegt vor, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet. Berücksichtigt man, daß diese Art der Verpfändung vor allem bei Sachgesamtheiten, insbesondere bei einem Warenlager vorkommt[9]), so wird verständlich, daß der Mitbesitz in aller Regel durch Uebergabe der Schlüssel, mittels derer man zur Sache gelangt, erfolgen wird. Inwieweit damit dem Erfordernis der Besitzübertragung Genüge getan ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Es muß jedoch in Betracht

---

7) Warneyer, 1930, Nr. 69.

8) M. Wolff: Sachenrecht, S. 618; M. Wolff: Iherings Jahrb., 44, 118, Anm. 11; Emmerich: Pfandrechtkonkurrenzen, S. 4, 153; Staudinger, § 1205, 2b.

9) RGZ, 53, 221.

gezogen werden, daß § 1206 BGB die Verschaffung eines qualifizierten Mitbesitzes erfordert, durch welchen einerseits für den Pfandgläubiger ein Herrschaftverhältnis über die Sache begründet und andererseits die alleinige Verfügungsmacht des Verpfänders ausgeschlossen wird[10]). Es genügt darum nicht die Uebergabe eines gleichen Schlüssels, wie er beim Verpfänder verbleibt, sodaß dieser jederzeit ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers zur Sache gelangen kann, sondern der Zutritt zur Sache muß überhaupt nur durch zwei verschiedene Schlüssel, durch gemeinschaftliches Handeln von Pfandgläubiger und Verpfänder erreichbar sein[11]).

Mittelbarer Mitbesitz liegt vor, wenn der unmittelbare Besitzer angewiesen wird, nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich herauszugeben. Der Inhaber der Sache ist in diesem Falle Pfandhalter, und hat die Verpflichtung, die Sache in treuen Händen zu halten und sie zu verwahren[12]).

Zur Begründung dieses Rechtsverhältnisses ist entsprechend § 1206 eine Willenserklärung des Verpfänders gegenüber dem unmittelbaren Besitzer erforderlich; nicht ausreichend ist dagegen eine Erklärung des Pfandhalters, wodurch dieser sich dem Pfandgläubiger gegenüber zur Herausgabe an die genannten Personen gemeinschaftlich verpflichtet[13]).

Diese Art der Besitzeinräumung macht die Mitteilung der bereits bestehenden Belastung an den zweiten Gläubiger sehr wahrscheinlich, und das Verbot, an den Verpfänder allein herauszugeben, beschränkt dessen Verfügungsmacht, sodaß sowohl diesem Erfordernis als auch demjenigen der Publizität entsprochen ist.

§ 12. Praktische Fälle.

Nachdem die vorhergehenden beiden Paragraphen sich ausschließlich mit der Frage beschäftigten, auf welche Weise im BGB ein zweites Pfand bestellt werden könne, wäre es nun am Platze, die Rechte und Pflichten des Zweitpfandgläubigers im einzelnen darzustellen. Bevor jedoch hierzu übergegangen wird, soll noch ein Blick auf die wirtschaftliche Seite geworfen und diejenigen Fälle aufgezählt werden, in denen ein zweites Pfand vorzukommen pflegt[14]).

---

[10]) RGZ, 77, 207.
[11]) RGRK, § 1206, Anm. 3; Staudinger, § 1206, 1a; Planck, 3. Bd., § 1206, 1
[12]) RGRK, § 1206, Anm. 4.
[13]) RGZ, 85, 439.
[14]) M. Wolff: Sachenrecht, S. 649.

In erster Linie, weil praktisch wohl am häufigsten vorkommend, ist hinzuweisen auf die Konkurrenz vertraglich eingeräumter oder im Wege der Zwangsvollstreckung entstandener Pfandrechte mit dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters (§ 559 BGB). Eine Mehrheit von Pfandrechten kann ferner entstehen beim Zusammentreffen der gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters mit demjenigen eines Werkunternehmers (§ 647).

Außer den genannten Fällen gibt es aber auch eine Konkurrenz vertragsmäßig eingeräumter Pfandrechte, die auf die zuvor beschriebene Weise oder durch Uebergabe des Pfandscheines im Falle erster Verpfändung an ein hierzu eigens errichtetes Institut begründet werden.

Ein zweites Pfandrecht kommt außerdem zur Entstehung, wenn die Sache dem ersten Pfandgläubiger weggenommen und einem anderen verpfändet wird. Nur durch Aufgabe des Besitzes, nicht durch unfreiwilligen Besitzverlust erlischt nämlich das Pfandrecht des ersten Gläubigers.

Der Vollständigkeit halber erwähnt sei schließlich noch der Fall, daß der Pfandgläubiger sich als Eigentümer der Sache ausgibt und sie für eigene Schuld an einen gutgläubigen Dritten verpfändet. Diese Erscheinung sei nur an dieser Stelle angeführt, ohne bei der weiteren Betrachtung näher ins Auge gefaßt zu werden, weil die Verpfändung durch den Pfandgläubiger eine Verfügung eines Nichtberechtigten darstellt, die nur gegenüber einem Gutgläubigen Pfandrechtswirkungen erzeugt. Das Verbot der Weiterverpfändung einer zum Pfand genommenen Sache folgt aus der dem Pfandgläubiger nach § 1215 obliegenden Verwahrungspflicht[15]). Will der Pfandgläubiger sich mit Hilfe des ihm zustehenden Rechtes Kredit verschaffen, so kann er zu dessen Sicherung die ihm gegen seinen Schuldner zustehende Forderung verpfänden, mit welcher alsdann gleichzeitig das Pfandrecht übergeht[16]). Da diese Abhandlung sich jedoch nur mit Fahrnispfandrecht beschäftigt, im genannten Falle aber eine Forderungsverpfändung vorliegt, scheidet dessen Besprechung als über den Rahmen des gestellten Themas hinausgehend aus.

Häufiger als im BGB findet sich eine Konkurrenz von Pfandrechten im HGB, wo an Stelle der Sachübergabe diejenige eines Dispositionspapieres, eines Lager- oder Ladescheines oder eines Konossements treten kann. Besonders zu erwähnen sind hier die

[15]) Staudinger, § 1215, 2a.
[16]) HWB, 1935, 5. Heft, S. 606, Nr. 59.

gesetzlichen Pfandrechte mehrerer Frachtführer im Transportrechte[17]).

Wie bereits oben angedeutet, stellt die Konkurrenz zwischen Vermieterpfandrecht und Pfändungspfandrecht den häufigsten Fall dar. Im übrigen findet sich ein zweites Pfandrecht an Fahrnis recht selten. Hierbei darf nicht übersehen werden, daß das Mobiliarpfandrecht überhaupt eine geringere Rolle spielt als das Grundpfandrecht, nur die Sicherungsform für kurzfristige Kredite darstellt. Wenn darum, wirtschaftlich gesprochen, schon bei der Erstverpfändung ein gewisses Mißtrauen gegen bewegliche Sachen als Kreditunterlage besteht, so darf es nicht weiter verwundern, wenn ein zweites Pfandrecht an Fahrnis sich nicht allzu oft nachweisen läßt. Was speziell die Lombardierung von Wertpapieren angeht, mag die Seltenheit der zweiten Verpfändung u. a. auch damit erklärt werden, daß diese durchschnittlich mit 75% als Sicherheit angenommen werden und die restlichen 25% mit Rücksicht auf die Kursschwankungen wohl kaum einem Gläubiger genügende Sicherheit zu bieten vermögen.

Im Verhältnis mehrerer Pfandrechte zueinander ist wie im römischen Rechte[18]) auch hier davon auszugehen, daß nach Bestellung einer früheren Belastung der Eigentümer selbst in seinem Rechte beschränkt ist und darum „der Herrschaftsbereich eines neuen Rechtes an der Sache nicht größer sein kann, wie der alte Herrschaftsbereich des Eigentümers, das neue Recht dem alten nachstehen muß"[19]).

Die aus der Priorität der Pfandbestellung sich ergebende stärkere Stellung ist mittelbar aus § 1209 zu entnehmen, der auch bei künftigen und bedingten Forderungen den Zeitpunkt der Pfandbestellung, nicht denjenigen des Eintritts der Bedingung bzw. des Termins als für den Rang maßgebend ansieht. Wenn hier davon ausgegangen wird, daß der Gläubiger einer Forderung, deren Existenz noch nicht absolut feststeht, bezüglich der Sicherung dieser Forderung gegenüber späteren Verfügungen geschützt sein soll, so drückt sich hiermit der Gedanke aus, daß ein früheres Pfandrecht einem später eingeräumten vorgehen soll.

---

[17]) Emmerich: a. a. O., S. 4, 7.
[18]) S. o. S. 11.
[19]) Emmerich: a. a. O., S. 76.

II. Rechte und Pflichten des zweiten Pfandgläubigers.

§ 13. Die Besitzrechtverhältnisse vor Pfandreife.

Im Gegensatz zum römischen Recht kennt das BGB kein besitzloses Pfand. Jedem Pfandgläubiger steht vielmehr ein Anspruch auf irgendeine Art des Besitzes — unmittelbaren oder mittelbaren — zu. Jeder Pfandgläubiger hat gegenüber dem Verpfänder einen Anspruch auf Einräumung eines besseren Besitzrechtes als es ihm selbst zusteht, damit nicht dieser durch Aufhebung des Besitzes das Recht des Pfandgläubigers jederzeit zum Erlöschen bringen kann[20]).

Dem Eigentümer gegenüber hat darum grundsätzlich jeder Pfandgläubiger einen Anspruch auf unmittelbaren Alleinbesitz. Erfolgt die Pfandbestellung jedoch im Wege der §§ 1205, 1206, so liegt in der Begnügung mit mittelbarem oder Mitbesitz ein Verzicht auf das dem Pfandgläubiger an sich zustehende volle Besitzrecht. Demzufolge kann auch gegen den Verpfänder kein Anspruch auf Einräumung eines stärkeren Besitzrechtes geltend gemacht werden, solange die bei der Pfandbestellung bestehende Rechtslage fortdauert. Dies ändert sich jedoch bei Wegfall des ersten Pfandgläubigers, sowie beim Eintritt der Pfandreife. Die alsdann sich ergebenden Ansprüche werden jeweils im entsprechenden Zusammenhange erörtert werden[21]).

Wird das Besitzrecht des Pfandgläubigers beeinträchtigt, so gibt ihm § 1227 BGB die dem Eigentümer einer Sache gegen den Besitzer zustehenden Klagen. Bei Entziehung des Besitzes kann daher der Pfandgläubiger eine der rei vindicatio (§ 985 BGB) entsprechende Klage anstrengen, während gegen sonstige Beeinträchtigungen die actio negatoria aus § 1004 entsprechende Anwendung findet.

Der unmittelbare Besitzer wird in seinem Rechte gegenüber dem dinglichen Anspruche des Pfandgläubigers durch § 936 III in Verbindung mit § 1208 S. 2, sowie durch die Einrede des § 986 II geschützt[22]), weil sein Besitzrecht ein dem Pfandrecht vorgehendes Recht ist i. S. von § 1208 BGB.

---

[20]) Emmerich: a. a. O., S. 143.

[21]) Emmerich: a. a. O, S. 143 ff.; M. Wolff: Sachenrecht, S. 624.

[22]) Staudinger, § 1205, 2b.

§ 14. Verwahrungspflicht, Nutzungsrecht und Aufwendungsersatz.

I. Die einem Pfandgläubiger obliegende Verwahrungspflicht folgt aus § 1215 BGB; ihr Inhalt ergibt sich aus analoger Anwendung der §§ 688—699 BGB[23]). Die Frage, wem gegenüber diese gesetzlich fixierte Verwahrungspflicht besteht, wird nach herrschender Lehre[24]) als eine gegenüber dem Verpfänder obliegende Pflicht beantwortet, während Emmerich[25]) dieselbe auch gegenüber den anderen Pfandgläubigern annimmt.

Wenn § 1215 BGB die Verwahrungspflicht als solche festlegt, so ist hiermit noch nichts über die Person des Verwahrungspflichtigen bei einer Mehrheit von Pfandrechten gesagt. Man wird darum eine Verwahrungspflicht des Besitzenden anzunehmen haben, dergestalt, daß dem Besitzrecht eine Besitzpflicht entspricht. Zweifelhaft ist hierbei wiederum, ob der Besitz als solcher die Verwahrungspflicht begründet, oder ob nur dem Besitzberechtigten diese Verpflichtung zufällt. Die herrschende Lehre[26]) nimmt eine Verwahrungspflicht des unmittelbar Besitzenden an, während Staudinger[27]) von einer Verwahrungspflicht des unmittelbar Besitzenden insoweit spricht, als er von diesem fordert, „daß er den unmittelbaren Besitzer mit entsprechenden Weisungen versehe".

II. Die aus einer verpfändeten Sache gezogenen Nutzungen fallen in aller Regel dem Verpfänder bzw. dem Eigentümer zu. Die Bestellung eines Nutzpfandes (§ 1213 BGB) bildet die Ausnahme und bedarf besonderer Abrede. Es handelt sich bei der Gewährung dieser Berechtigung um dispositives Recht und die Beantwortung der Frage, wem bei einer Mehrheit von Pfandgläubigern das Recht zusteht, die Nutzungen aus der Pfandsache zu ziehen, hängt davon ab, ob überhaupt und bejahendenfalls wem diese Befugnis eingeräumt wurde. Ausnahmsweise ist also hier die Rangordnung nicht maßgebend sondern ausschließlich die Parteivereinbarung zu beachten. Wird eine von Natur fruchttragende Sache verpfändet (z. B. Tiere), so ist nach § 1213 II im Zweifel anzunehmen, daß im Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder der im Alleinbesitz befindliche Pfandgläubiger zur Fruchtziehung berechtigt sein soll.

Im Verhältnis mehrerer Pfandgläubiger zueinander entscheidet die Rangordnung. Dies gilt jedoch nur mangels besonderer Ver-

---

[23]) RGRK, § 1215, 2.
[24]) Staudinger, § 1215, 2.
[25]) a. a. O., S. 188.
[26]) Emmerich: a. a. O., S. 191; Warneyer: Kommentar zum BGB, § 1215.
[27]) § 1215, 2d.

einbarung; denn es handelt sich hierbei um dispositives Recht, das durch Parteiabrede abgeändert zu werden vermag[28]).

III. Macht ein Pfandgläubiger Verwendungen auf die Sache, so bestimmt sich sein Ersatzanspruch nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 1216 BGB). Ein Anspruch des Pfandgläubigers gegen den Verpfänder besteht daher nach § 683 BGB insoweit, als die Geschäftsführung dem Interesse, sowie dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Verpfänders entsprach, sofern nicht dem Pfandgläubiger die Absicht fehlte, Ersatz zu verlangen. Steht entsprechend den genannten Bestimmungen dem Pfandgläubiger ein Ersatzanspruch zu, so ist dieser ebenso wie seine Forderung pfandrechtlich gesichert (§ 1210 II).

Soweit sich der Anspruch gegen einen vorgehenden Pfandgläubiger richtet, erwirbt der zweite Pfandgläubiger diesem gegenüber ein Zurückbehaltungsrecht an der Sache, sofern er sich im Besitze derselben befindet. (§ 273 II.)

§ 15. Der Pfandverkauf.

Mit dem Eintritt der Verkaufsberechtigung des ersten Pfandgläubigers ändern sich die Besitzrechtsverhältnisse kraft Gesetzes. Von diesem Augenblicke an, ist der erste Gläubiger in der Lage, den unmittelbaren Alleinbesitz für sich zu beanspruchen und zwar selbst dann, wenn er der Begründung eines Mitbesitzverhältnisses zugestimmt hatte (§ 1231). Das ihm ursprünglich zustehende Recht auf Mitbesitz verstärkt sich jetzt in einen Anspruch auf Verschaffung des Alleinbesitzes[29]). Sein Besitzrecht wird von da an völlig unantastbar und läßt sich als ein Besitzerwerbs- und Besitzerhaltungsrecht kennzeichnen.

Der Anspruch auf Alleinbesitz richtet sich grundsätzlich gegen den Verpfänder, gegen spätere Pfandgläubiger für den Fall, daß dieser seine Besitzstellung weiter übertragen hat[30]). Gegen den Verpfänder wird der Besitzanspruch aus § 1231 geltend gemacht. Derselbe kann sich ihm entziehen durch Herausgabe der Sache an einen gemeinschaftlichen Verwahrer, der sie alsdann zum Verkaufe bereitzustellen hat.

Die Klage gegen spätere Pfandgläubiger folgt aus arg. a contrario § 1232 S. 1. Wenn diese Vorschrift dem vorgehenden Gläu-

---

[28]) Emmerich: a. a. O., S. 205.
[29]) M. Wolff: Sachenrecht, S. 627.
[30]) M. Wolff: Sachenrecht, S. 627.

biger ein Besitzerhaltungsrecht gegenüber den nachstehenden gewährt, so folgt hieraus umgekehrt ein Besitzentziehungsrecht gegen dieselben. Im Falle unmittelbaren Mitbesitzes der mehreren Pfandgläubiger besteht ein Anspruch des Ersten auf Bereitstellung der Sache, während bei mittelbarem Mitbesitz die Abtretung des dem Zweiten zustehenden Rechtes verlangt werden kann[31]).

Diese außerordentlich gehobene Besitzrechtsstellung dient dazu, dem ersten Gläubiger von der Pfandreife an jederzeit den Verkauf der Sache zu ermöglichen. Er kann sie zu diesem Zwecke von jedem anderen Gläubiger herausverlangen, ohne jedoch seinerseits verpflichtet zu sein, die Sache an einen ihm nachstehenden Gläubiger zum gleichen Behufe herauszugeben (§ 1232 BGB).

In analoger Anwendung des § 1231 auf besitzlose Pfandrechte äußert sich das Besitzrecht des Vermieters in einem Widerspruchsrechte gegen die Entfernung der dem Pfandrechte unterliegenden Sachen[32]).

Gemäß § 1237 S. 2 ist der betreibende Erstpfandgläubiger den nachgehenden Gläubigern gegenüber lediglich zur Mitteilung vom Versteigerungstermine verpflichtet. Dagegen liegt ihm die Androhung des Verkaufes nur gegenüber dem Verpfänder, nicht gegenüber den Nachpfandgläubigern ob (§§ 1220, 1234 BGB). Ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 1237 S. 2 vermag jedoch die Rechtmäßigkeit des Pfandverkaufes nicht zu berühren, § 1243[33]).

Dem Besitzrechte des Erstpfandgläubigers entspricht jedoch keine Besitzpflicht. Will er von dem ihm auf Grund von § 1232 zustehenden Rechte keinen Gebrauch machen, so kann er die Pfandsache im Besitze des zweiten Pfandgläubigers belassen, der sie alsdann zum Verkauf bringen kann. Sofern der erste Gläubiger nicht selbst den Verkauf betreiben will, kann er dem Verkauf durch den Zweiten nicht widersprechen. Die Tatsache unmittelbaren Besitzes gibt dem zweiten Gläubiger nicht nur die Möglichkeit, sondern auch das Recht, den Pfandverkauf zu betreiben[34]).

Emmerich[35]) nimmt an, daß jeder Pfandgläubiger Verkaufsrecht und Verkaufsmöglichkeit habe ohne Rücksicht auf den Rang seines Pfandrechtes und seine Besitzstellung, nur die Zulässigkeit sei von

[31]) Emmerich: a. a. O., S. 181.
[32]) Emmerich: a. a. O., S. 146.
[33]) S. u. S. 43.
[34]) M. Wolff: Sachenrecht, S. 651/52.
[35]) a. a. O., S. 301—307.

gewissen Voraussetzungen abhängig. Zuzustimmen ist diesen Ausführungen insoweit als sie das Verkaufs r e c h t betreffen. Im Gegensatz zum römischen Recht besitzt im BGB auch ein nachstehender Pfandgläubiger die Rechtsmacht, das Pfand zu verkaufen[36]). Voraussetzung für die tatsächliche Ausübung desselben ist indessen das Vorliegen des unmittelbaren Besitzes. Dieses Erfordernis, das nicht allzu häufig vorliegen wird, — Hauptfall Pfändung einer dem Vermieterpfandrecht unterliegenden Sache — beschränkt die an sich bestehende Befugnis des zweiten Gläubigers in einem Maße, daß von einer Verkaufsmöglichkeit ohne Rücksicht auf die Besitzstellung wohl kaum mehr die Rede sein kann. Richtigerweise wird man die Stellung des zweiten Pfandgläubigers dahin formulieren, daß er zwar Verkaufsrecht hat, Verkaufsmöglichkeit dagegen nur, sofern er unmittelbarer Besitzer ist[37]).

Uebt der zweite Pfandgläubiger den Pfandverkauf trotz des Widerspruchs des ersten Gläubigers aus, so ist letzterer durch das Recht auf Vorabbefriedigung aus dem Erlöse geschützt. Eine solche Handlung eines zweiten Pfandgläubigers stellt außerdem eine Beeinträchtigung der Rechte des ersten Gläubigers dar, gegen welche dieser aus §§ 1227, 1004 vorgehen kann.

Wenn ich zuvor durch die Gewährung des Verkaufsrechtes an den zweiten Pfandgläubiger im BGB einen Unterschied zum römischen Rechte festgestellt habe, so darf dabei nicht übersehen werden, daß das im BGB prinzipiell zugebilligte Recht dem zweiten Gläubiger infolge der dem ersten Gläubiger zustehenden Befugnis, den Besitz jederzeit an sich zu bringen, keine allzu große Rechtsmacht verleiht. Der erste Gläubiger ist auch im BGB außerordentlich viel besser gestellt als der zweite. Will jener verkaufen, so kann er den Sachbesitz an sich bringen und dadurch den Verkauf des Zweiten ausschließen. Dieses Widerspruchrecht steht ihm auch noch nach Einleitung des Pfandverkaufes durch den zweiten Gläubiger zu, allerdings nur gegen Erstattung der bereits entstandenen Kosten[38]).

Seinen Herausgabeanspruch kann der erste Gläubiger jederzeit geltend machen und dadurch sogar den Pfandverkauf hinausschieben. Herausgabe zum Zwecke des Verkaufs in § 1231 bzw. Betreibung des Verkaufes in § 1232 bedeutet nicht, daß der erste Gläubiger sofort verkaufen müsse. Er kann vielmehr den Sachbesitz an sich bringen, um bei günstiger Gelegenheit den Verkauf anzustrengen.

---

[36]) RGZ, 87, 325; 97, 42; Motive zum Entwurfe eines BGB, Bd. 3, S. 819.
[37]) Staudinger, § 1232, 1.
[38]) Emmerich: a. a. O., S. 166.

da sich bekanntlich eine jederzeit greifbare Sache leichter verkauft als eine solche, die sich im Besitze eines Dritten befindet[39]). Hiermit widerlegt sich die von Emmerich[40]) aufgestellte, sehr enge Annahme, der Erstgläubiger könne nicht Herausgabe der Sache an sich, sondern nur an den Käufer verlangen.

Faßt man dieses Widerspruchsrecht des ersten Gläubigers sowie die Tatsache ins Auge, daß der Besitz des Zweitpfandgläubigers nicht den Regelfall, sondern die Ausnahme darstellt, so wird der bei flüchtiger Betrachtung sich ergebende Gegensatz zwischen römischem und deutschem Recht sehr klein.

Bedeutung gewinnt er wohl nur dann, wenn die Forderung des zweiten Gläubigers eher fällig ist als diejenige des Ersten. In solchem Falle ist der zweite Pfandgläubiger in Rom auf Gedeih und Verderb davon abhängig, daß der erste Gläubiger nach Eintritt der Pfandreife von seinem Verkaufsrechte Gebrauch macht. Tut er dies nicht, so steht dagegen dem zweiten Gläubiger außer dem ius offerendi keinerlei Rechtsbehelf zu. Nach BGB kann bei solcher Rechtslage der besitzende Zweitgläubiger den Verkauf betreiben, während der nichtbesitzende ebenso in abwartender Stellung verharren muß, wie dies in Rom der Fall war.

§ 16. Die Rechte am Pfanderlös.

Wenn die vorhergehenden Ausführungen sich ausschließlich mit der Verkaufsbefugnis als solcher beschäftigen und feststellten, daß auch der zweite Gläubiger u. U. den Verkauf ausüben und hierdurch das Pfandrecht des Ersten zum Erlöschen bringen kann, so blieb dabei unbeantwortet die Frage, auf welche Weise das sich aus der Natur der Sache ergebende Vorrecht des Erstpfandgläubigers erhalten bleibt.

Wie es bei zahlreichen anderen Fragen der Fall war, muß auch bei der Betrachtung der Rechtsverhältnisse am Pfanderlös zunächst die aus einem Pfandverkaufe des Erstpfandgläubigers sich ergebende Rechtslage untersucht werden:

§ 1247 bestimmt, daß die Forderung als vom Eigentümer berichtigt gilt, soweit der Erlös aus dem Pfande dem Gläubiger gebührt. Soweit ihm der Erlös nicht zukommt, tritt dieser an die Stelle des Pfandes.

---

[39]) Planck, § 1232, 2b.

[40]) a. a. O., S. 181.

Die Fiktion der Erfüllung seitens des Eigentümers bewirkt, daß die Zahlung des Käufers an den Pfandgläubiger die gleichen rechtlichen Folgen erzeugt, wie diejenige durch den Eigentümer, nämlich Eigentumserwerb des Gläubigers an dem Gelde. Insoweit der Erlös dem Gläubiger zur Tilgung seiner Forderung zusteht, ist das Traditionsprinzip rein durchgeführt. Was jedoch den Mehrbetrag angeht, so tritt dieser an die Stelle der Sache; § 1247 S. 2 legt für den Mehrerlös das Surrogationsprinzip fest. Ist also z. B. bei Vorhandensein eines Pfandrechtes für eine Forderung von 600 RM eine Sache verpfändet, aus der beim Verkauf 1 000 RM erlöst werden, so fallen 600 RM in das Eigentum des Gläubigers die überschießenden 400 RM in dasjenige des Verpfänders.

Ruht bei gleicher Sachlage eine zweite Belastung von 300 RM auf der Sache, so erwirbt wiederum der Erstpfandgläubiger Eigentum in Höhe von 600 RM, während an dem Mehrerlös von 400 RM Eigentum des Verpfänders entsteht, das in Höhe von 300 RM pfandrechtlich belastet ist in Fortsetzung des an der Sache ursprünglich bestehenden Pfandrechtes.

In Anwendung dieses Grundsatzes kann daher der zweite Gläubiger vom ersten die Hyperocha herausverlangen. An derselben besteht zu seinen Gunsten ein Pfandrecht und da der erste Gläubiger infolge Befriedigung aus dem Pfandverbande ausscheidet, hat er die an die Stelle der Sache getretene Hyperocha herauszugeben (§ 1223) und zwar an denjenigen, an den er bei Befriedigung durch den Schuldner auch die Pfandsache hätte herausgeben müssen, d. h. an den zweiten Pfandgläubiger wegen des diesem im Verhältnis zum Verpfänder zustehenden besseren Besitzrechtes.

Die Klage gegen den ersten Gläubiger auf Herausgabe der Hyperocha bezieht sich auf den gesamten Pfanderlös (im genannten Falle in Höhe von 400 RM). An die Stelle des ursprünglichen Pfandrechtes an der Sache ist nunmehr ein Pfandrecht an Geld getreten. Bei Fälligkeit seiner Forderung steht dem zweiten Gläubiger ein Aneignungsrecht in Höhe seiner Forderung zu, sowie der Nebenansprüche aus § 1210[41])

Infolge der nach § 1247 eintretenden Surrogation ist der Anspruch des zweiten Pfandgläubigers gegen den ersten auf Herausgabe der Hyperocha ein aus dem Pfandrecht fließender dinglicher. Hierin liegt ein Gegensatz zum römischen Recht, bei dem diese Klage als eine actio in personam gekennzeichnet wurde.

[41]) M. Wolff: Sachenrecht, S. 643.
Emmerich: a. a. O., S. 361.

Uebt der zweite Pfandgläubiger den Verkauf aus, so zeigt sich die naturgegebene Vormachtstellung des ersten Gläubigers in einem in § 805 I S. 2 ZPO garantierten Rechte auf Vorabbefriedigung aus dem Erlöse und zwar ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht. Werden in dem oben geschilderten Beispiele aus einer für zwei Forderungen in Höhe von 600 RM und 300 RM verpfändeten Sache 1 000 RM gelöst vom zweiten Pfandgläubiger, so hat der erste gemäß § 805 ZPO einen Anspruch auf Vorabbefriedigung in Höhe von 600 RM.

Zu untersuchen ist nunmehr noch, welches Recht dem Pfandgläubiger 1 an dem ihm gebührenden Betrage im Falle des Verkaufs durch den Pfandgläubiger 2 erwächst.

Wendet man die oben zu § 1247 gemachten Ausführungen auf diesen Fall an, so stellt man fest: Insoweit der Erlös dem zweiten Pfandgläubiger n i c h t gebührt, setzen sich am Erlös die zuvor an der Sache bestandenen Rechte kraft dinglicher Surrogation fort. Soweit ihm dagegen der Erlös zur Deckung seiner Forderung zufällt, erwirbt er lastenfreies Eigentum. Im genannten Tatbestand gebühren von den erlösten 1 000 RM dem ersten Gläubiger 600 RM. Diese treten an die Stelle der verkauften Sache, sodaß hieran Eigentum des Verpfänders und daran ein Pfandrecht des ersten Gläubigers zur Entstehung kommt.

In zweiter Linie berechtigt ist alsdann der zweite Pfandgläubiger, der an den ihm zukommenden 300 RM Eigentum erwirbt, während die restlichen 100 RM unbelastet in das Eigentum des Verpfänders fallen. Ergäbe sich einmal bei einem Verkaufe unter ungünstigen Bedingungen nur ein Erlös von 600 RM, so entstände an diesen ein mit dem Pfandrechte des ersten Gläubigers belastetes Eigentumsrecht, während der zweite Gläubiger mit seinem Rechte völlig ausfiele. Dieses aus richtiger Anwendung des § 1247 folgende Ergebnis, das auch bei unrechtmäßigem, aber gültigem Pfandverkaufe eintritt, wird vertreten von Oertmann[42]), Martin Wolff[43]) und dem Reichsgericht[44]).

Dagegen nehmen Planck[45]), Staudinger[46]) und Emmerich[47]) bei Verkauf durch den zweiten Pfandgläubiger die Anwendung des

---

[42]) Juristische Rundschau, 1932, S, 49, ff.
[43]) Sachenrecht, S. 637.
[44]) RGZ 63, 17, RGRK § 1247, Anm. 1 a.
[45]) § 1247, 3 c.
[46]) § 1247, 3.
[47]) a. a. O., S. 347—362, insbes. S. 357.

reinen Surrogationsprinzips an, lassen also für den Sacheigentümer Eigentum am Erlöse zur Entstehung kommen, während sämtliche Pfandgläubiger nur Pfandrechte daran erwerben.

Diese Auslegung widerspricht jedoch dem Wortlaute des § 1247, der keinen Anhaltspunkt dafür gibt, eine verschiedene Rechtslage anzunehmen, je nachdem, ob der erste oder ein nachstehender Pfandgläubiger den Verkauf betreibt.

Der Einfachheit halber ging die Untersuchung bisher von der in praxi wohl niemals vorkommenden Voraussetzung aus, daß die Zahlung an den Gläubiger nicht in einem einzigen Scheine, sondern nach den, den einzelnen Gläubigern zukommenden Valuten erfolgte. Nachdem jedoch nunmehr die grundsätzliche Regelung des § 1247 klar gestellt ist, sei der Fall noch so betrachtet wie er sich wirtschaftlich tatsächlich abspielen wird.

In aller Regel wird der Kaufpreis in einer einheitlichen Summe entrichtet, oder zumindest so, daß er nicht ohne weiteres in die den einzelnen zukommenden Beträge zerfällt. Dann kann von Alleineigentum des verkaufenden Pfandgläubigers nicht die Rede sein, es muß vielmehr Miteigentum zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder, entsprechend den einem jeden von ihnen zukommenden Quoten eintreten, § 948 BGB. Lastenfrei ist der dem Pfandgläubiger zustehende Miteigentumsanteil, während derjenige des Verpfänders mit dem Pfandrechte des vorgehenden Pfandgläubigers belastet ist. Es steht jedoch dem Pfandgläubiger jederzeit frei, die Trennung vorzunehmen, und hierdurch die oben geschilderte Rechtslage herbeizuführen[48]).

Eine glatte Abwicklung der Befriedigung sämtlicher beteiligten Personen kann stets dann erfolgen, wenn die Höhe der einzelnen Ansprüche mit unbedingter Sicherheit feststeht. Beim Verkauf durch den zweiten Pfandgläubiger ist dies jedoch nicht immer der Fall, weil dieser wohl den dem ersten geschuldeten Kapitalbetrag, nicht dagegen die Höhe der Nebenansprüche, für die nach § 1210 das Pfand gleichfalls haftet, kennt. Hieraus entsteht die Gefahr einer Verletzung der Rechte des ersten Gläubigers, falls der zweite sich einfach aus der den Kapitalbetrag übersteigenden Summe befriedigt, während andererseits eine Gefährdung seiner eigenen Interessen zu befürchten ist, wenn dieser auf Grund einer Schätzung einen zu hohen Betrag reserviert. Zur Umgehung dieser Schwierigkeit kann der zweite Pfandgläubiger den ersten um Auskunft über die Höhe seiner Forderung ersuchen. Erfolgt hierauf eine Mitteilung, so kann sich

[48]) RGRK § 1247, Anm, 1a.

der Zweite den ihm aus dem Ueberschuß zukommenden Betrag aneignen. Schweigt dagegen der erste Gläubiger, so ist dies so zu deuten, als ob Nebenansprüche nicht beständen, sodaß sich der Zweite aus dem den Kapitalbetrag übersteigenden Anteil befriedigen kann und bei nachträglicher Feststellung eines höheren ersten Forderungsbetrages höchstens auf Erstattung der fehlenden Summe haftet[49]).

§ 17. Lösungsrecht des zweiten Gläubigers.

Wie die Darlegungen des § 15 gezeigt haben, nimmt in bezug auf das Pfandverwertungsrecht der erste Gläubiger auch im BGB eine überragende Stellung ein.

Als Ausgleich hierfür gewährt § 1249 jedem, der durch eine eventuelle Zwangsvollstreckung ein Recht an der Sache verlieren würde, die Befugnis, den Pfandgläubiger zu befriedigen. Dieses grundsätzlich einem jeden Pfandgläubiger gegen einen anderen zustehende Recht soll hier insoweit herangezogen werden, als es einen zweiten Pfandgläubiger in den Stand setzt, durch Ausbezahlung des vorhergehenden an dessen Stelle zu rücken und auf diese Weise seine zumeist passive Stellung in eine aktive zu verwandeln.

§ 1249 wiederholt einen im allgemeinen Teil des Schuldrechts (§ 268 BGB) ausgesprochenen Grundsatz mit dinglicher Wirkung.

Dieses Recht des zweiten Gläubigers entsteht in dem Augenblicke, in welchem der Schuldner dem Gläubiger gegenüber zur Leistung berechtigt ist. Da diese Leistungsberechtigung nach § 271 BGB alsbald nach Begründung des Schuldverhältnisses eintritt, kann theoretisch der zweite Pfandgläubiger sofort nach Begründung seines Rechtes ablösen. Eintritt der Pfandreife ist darum nicht Voraussetzung des Ablösungsrechtes[50]), zumal auch § 1249 nur ein Veräußerungsrecht des vorhergehenden Gläubigers voraussetzt, dieses aber bereits mit der Pfandbestellung entsteht, während nur seine Ausübung von der Fälligkeit der zugrunde liegenden Forderung abhängt[51]).

Das Lösungsrecht aus § 1249 dauert naturgemäß so lange als die beiden Pfandrechte bestehen. Im Falle des Pfandverkaufes erlöschen die Pfandrechte erst mit dem Erwerb des Eigentums an der Pfandsache durch den Käufer (§ 1242). Das Lösungsrecht des zweiten

[49]) Oertmann: a. a. O., S. 53.

[50]) M. Wolff: Sachenrecht, S. 629.

[51]) Emmerich: a. a. O., S. 266.

Gläubigers endet darum nicht schon mit dem Abschluß eines Kaufvertrages bzw. mit der Erteilung des Zuschlages — wie dies im römischen Rechte der Fall ist —, sondern dauert bis zum Vollzuge des Kaufvertrages durch das Erfüllungsgeschäft fort[52]).

Hieraus erklärt sich auch, weshalb der erste Gläubiger gegenüber dem zweiten nicht zur Androhung des Verkaufes, wohl aber zur Mitteilung des Versteigerungstermines verpflichtet ist. Die Sachübergabe erfolgt nicht vor diesem Zeitpunkte und bis dahin steht ihm die Ausübung des ius offerendi zu.

Der erste Pfandgläubiger kann der Leistung durch den Zweiten nicht widersprechen. Durch Nichtannahme der vom Zweiten angebotenen Leistung gerät er in den Verzug der Annahme gemäß § 293; dennoch kann der zur Ablösung bereite Gläubiger weder auf Annahme, noch auf Uebertragung des ersten Pfandrechtes klagen, weil eine Verpflichtung des Ersten hierzu nicht besteht. Der Uebergang des Pfandrechtes ist nämlich nur die gesetzliche Folge der Zahlung des zweiten Gläubigers, begründet indessen nicht die Pflicht des Ersten, es auf den Zweiten zu übertragen[53]).

Um jedoch das Lösungsrecht des Zweiten nicht an dem Widerspruch bzw. der Nichtannahme durch den Ersten scheitern zu lassen, bestimmt § 1249 S. 2 unter Verweisung auf § 268 II, daß in solchem Falle der Gläubiger die angebotene Summe hinterlegen könne. Dieses Recht besteht selbst dann, wenn die Verweigerung der Annahme seitens des ersten Gläubigers auf einem Widerspruch des Schuldners gemäß § 267 II beruht. § 1249 stellt eine lex specialis gegenüber der Regel des § 267 dar, die darum jener weichen muß[54]).

Was den Umfang der abzulösenden Forderung angeht, so muß der erste Gläubiger wegen aller Forderungen, deretwegen er den Verkauf betreiben könnte, befriedigt werden. Neben dem Kapitalbetrag muß daher der zweite Gläubiger auch für alle Nebenforderungen, für welche das Pfand gemäß § 1210 haftet, aufkommen, bei Ablösung zwischen Zuschlagserteilung und Sachübergabe auch für die Schadensersatzansprüche des Käufers gegen den ersten Pfandgläubiger.

Die Wirkungen der Ausübung des Ablösungsrechtes durch den zweiten Pfandgläubiger bestehen einmal in dem Erwerbe der dem Ersten gegen den Schuldner zustehenden Forderung, sowie des zu

---

[52]) Planck, § 1249, 4; Emmerich: a. a. O., S. 266.

[53]) Emmerich: a. a. O., S. 272.

[54]) RGZ, 83, 393; Planck, § 1249, 2.

deren Sicherung dienenden Pfandrechts gemäß § 1249 in Verbindung mit §§ 268 III, 1250.

Die alte Forderung des ersten Pfandgläubigers geht auf den Zweiten über, während im römischen Recht dieselbe erlischt und aus der Ablösung ein Erstattungsanspruch entsteht.

Der in § 1250 ausgesprochene Grundsatz des automatischen Pfandrechterwerbes mit dem Uebergang der Forderung stellt ebenso wie § 1249 eine Wiederholung einer bereits im Schuldrecht festgelegten Rechtsfolge dar (§§ 401, 412). Der zweite Gläubiger erwirbt zu seinem bereits bestehenden Pfandrechte das Erstpfandrecht des abgelösten Gläubigers hinzu.

Der Erwerb des Pfandrechtes vollzieht sich ohne das Erfordernis des Besitzüberganges. Ein Anspruch des zweiten Pfandgläubigers gegen den Ersten auf Uebertragung seines Besitzrechtes ist nur die in § 1251 I ausgesprochene Folge des Erwerbes des Erstpfandrechtes. Wenn in der genannten Vorschrift von einem Anspruche auf Herausgabe der Sache die Rede ist, so ist hierbei an den Normalfall gedacht, daß der erste Gläubiger unmittelbarer Besitzer der Sache ist. Besaß er dagegen nur ein schwächeres Besitzrecht, während sich der unmittelbare Besitz bei einem Dritten befindet, so ist er nur zur Abtretung des ihm zustehenden Rechtes verpflichtet. Der zweite Gläubiger erwirbt alsdann nur einen Anspruch auf Verschaffung desjenigen Besitzes, der dem Abgelösten zustand[55]).

Der Uebergang der Forderung auf den zweiten Gläubiger darf jedoch nach § 268 III in Verbindung mit § 1250 nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden. Als maßgebender Zeitpunkt kommt nach der herrschenden Lehre richtigerweise derjenige der Ablösung in Betracht, während Emmerich[56]) die vor der Ablösung liegende Rechtslage für maßgebend erklärt. Insbesondere kann der zweite Gläubiger vom Ersten nicht die Herausgabe von Beweisurkunden verlangen, wenn darin noch andere Forderungen des Erstgläubigers verbrieft sind.

---

[55]) RGRK, § 1251, 1; Staudinger, § 1251, 1a; Planck, § 1251, 1; M Wolff: Ihering. Jahrb., 44, 204.

[56]) a. a. O., S. 269.

Anhang:

§ 18. Zusammenfassung der zwischen römischem Recht und BGB bestehenden Unterschiede.

Nachdem nunmehr die im Vordergrund der Darstellung stehenden beiden Rechtsordnungen untersucht wurden, sollen anhangsweise noch die an den betreffenden Stellen bereits hervorgehobenen Unterschiede in den beiden Systemen kurz zusammengestellt werden.

Vorangestellt sei wiederum der Unterschied in der Begründung, indem das römische Recht für Fahrnis und Immobilien das gleiche Institut zur Verfügung stellt und die Hypothek auch zur Verpfändung beweglicher Sachen zuläßt, während das BGB in Betonung eines starken Publizitätsgedankens im Interesse der Verkehrssicherheit zur Pfandbestellung irgend ein im BGB als „Besitz" bezeichnetes tatsächliches Verhältnis zur Sache erfordert. Ein Verbot der Mobiliarhypothek folgt im BGB aus der Nichtaufnahme einer dem § 930 entsprechenden Bestimmung im Pfandrecht, während sonst Eigentumsübertragung und Verpfändung sich im Begründungsakte nur durch die Willensrichtung unterscheiden.

In bezug auf die einzelnen Rechte wurde ein Unterschied in der Verkaufsstellung des zweiten Gläubigers dargelegt. Im römischen Recht fehlt diese Befugnis dem zweiten Gläubiger gänzlich (abgesehen vom Fiskalpfand), das BGB spricht ihm dieselbe unter der allerdings seltenen Voraussetzung unmittelbaren Besitzes zu.

Weiterhin wurde die actio pigneraticia directa utilis auf Herausgabe des Pfandüberschusses als eine dem zweiten Gläubiger zustehende actio in personam darzutun versucht, während diese Klage im BGB dinglichen Charakter trägt.

Hinsichtlich der dem zweiten Gläubiger in beiden Rechten zustehenden Hauptbefugnis der Ausübung des ius offerendi liegt ein Unterschied vor allem in der Aufrechterhaltung der ersten Forderung im BGB, und deren Erlöschen bzw. der Entstehung eines Ersatzanspruches im römischen Recht. Bezüglich der Dauer dieses Rechtes sei schließlich nochmals auf das Erlöschen mit Abschluß des Kaufvertrages im römischen Recht, mit der Erfüllung desselben im BGB verwiesen.

Eine Würdigung der dargelegten Unterschiede zeigt, daß dieselben im Grunde außerordentlich gering sind. Die wesentlichste dogmatische Abweichung liegt in der Zubilligung eines Verkaufsrechtes. Läßt man jedoch nicht außer acht — worauf hier nochmals verwiesen sei — daß wohl nur bei Konkurrenz von Vermieter- und Vertrags- bzw. Pfändungspfandrecht unmittelbarer Besitz des zweiten Gläubigers vorkommt, so erweist sich auch diese Divergenz als eine außerordentlich geringfügige.

Ueberblickt man rückschauend die Regelung in den beiden zeitlich rund 2000 Jahre auseinanderliegenden Rechtsordnungen, so wird man eine außergewöhnliche Aehnlichkeit wohl kaum verneinen können.

2. KAPITEL:

Gegenwärtige ausländische Rechtsordnungen.

§ 19. Das schweizerische Recht.

Eine dem deutschen Rechte sehr verwandte Regelung weist das schweizerische Zivilgesetzbuch auf. Auch hier sind Einigung und Uebergabe die Erfordernisse einer Pfandbestellung überhaupt, auch hier ist die Verfügungsfreiheit des Verpfänders nach einer ersten Pfandbestellung garantiert, und Abreden, welche diese zu beschränken suchen, sind als unverbindlich erklärt[1]).

Wenn auf diese Weise die Möglichkeit der zweimaligen Verpfändung einer Mobilie grundsätzlich festgestellt ist, so bestimmt Art. 886 ZGB über die Form der Bestellung, daß dieselbe durch Anzeige an den Faustpfandgläubiger zu erfolgen hat. Die Anzeige bedarf der Schriftform[2]) und enthält die Mitteilung von der Nachverpfändung, sowie die Anweisung an den ersten Gläubiger, nach Befriedigung die Sache an den zweiten Gläubiger herauszugeben. Wie im BGB § 1205 II, so liegt auch hier die Abtretung des gegen den ersten Gläubiger gerichteten Herausgabeanspruches in Verbindung mit einer die Verfügung kundgebenden Anzeige vor.

Die Besitzübertragung durch Besitzanweisung bewirkt eine Veränderung der Gewaltverhältnisse, die den beteiligten Personen gegenüber deutlich in Erscheinung tritt. Damit ist den Erfordernissen der Publizität Genüge getan, da diese eine Erkennbarkeit Dritten gegenüber nicht voraussetzt[3]). Durch das in der Anweisung liegende Verbot, an den Verpfänder herauszugeben, ist der zweite Gläubiger als mittelbarer Besitzer genügend geschützt.

Außer auf dem genannten Wege kann eine zweite Pfandbestellung noch durch Einräumung des Mitbesitzes bzw. Bestellung eines Pfandhalters[4]) erfolgen und in diesem Institut finden wir eine Parallele zu § 1206 BGB. Voraussetzung hierfür ist ebenso wie im

---

[1]) Haffter: Das Fahrnispfandrecht und andere sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte, 1928, S. 16.

[2]) Gmür: Komm. ZGB, Bd. IV., 2. Abt. 1925, Art. 886, I, 2.

[3]) Brodtbeck: Bundesgerichtspraxis zum ZGB, 1934, Art. 884, II, 2.

[4]) Wieland: Das Sachenrecht des schweizerischen ZGB, Art. 886, 4.

deutschen Recht der Ausschluß der alleinigen Verfügungsmacht des Verpfänders[5]).

Wenn wir durch die genannten Arten der Pfandbestellung zu einem in Art. 889 ZGB ausgesprochenen Besitzvorrechte des ersten Gläubigers gelangt sind, demzufolge ein Besitzrecht des zweiten erst nach Befriedigung des Ersten in Frage kommt[6]), so können dennoch durch Parteivereinbarung die Besitzverhältnisse anders geregelt werden. Danach kann der unmittelbare Besitz auch dem zweiten Gläubiger eingeräumt werden, jedoch mit der Bestimmung, daß die Sache ohne Zustimmung des Ersten nicht an den Verpfänder ausgehändigt werden darf.

Das Verhältnis der mehreren Pfandrechte zueinander, ihr Rang, bestimmt sich gemäß Art. 893 II nach dem Zeitpunkte ihrer Errichtung.

Was die Realisierung des Pfandrechtes angeht, so bestimmt Art. 891 ZGB, daß der Gläubiger im Falle der Nichtbefriedigung sich aus dem Erlöse der Pfandsache bezahlt machen könne. Aus der allgemeinen Fassung dieser Bestimmung, sowie aus dem Fehlen jeder einschränkenden Sondervorschrift betr. das Verkaufsrecht des zweiten Gläubigers folgt, daß dasselbe einem jeden Gläubiger ohne Rücksicht auf dessen Rang und Besitzstellung zusteht. Die Befriedigung des Gläubigers muß auf jeden Fall durch Verkauf, sei es durch einen freihändigen oder durch Betreibung der Pfandverwertung erfolgen, die Vereinbarung einer Verfallsklausel ist nach Art. 894 ZGB nichtig. Im Gegensatz zu allen bisher besprochenen Rechtsordnungen gewährt das schweizerische Recht auch dem nachstehenden Gläubiger eine Verkaufsbefugnis ohne besondere Voraussetzung, lediglich auf Grund der Existenz von dessen Pfandrecht als solchem.

Nicht berührt wird naturgemäß durch diese Bestimmung das aus der Priorität fließende Recht des ersten Gläubigers auf Vorabbefriedigung, das in Art. 893 ZGB garantiert ist.

Die Gewährung des Verkaufsrechtes an den nachstehenden Gläubiger unter Aufrechterhaltung einer vorzugsweisen Befriedigung des im Range Vorgehenden stellt eine Regelung dar, die den wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten in hohem Maße gerecht wird. Der zweite Gläubiger kann sein Recht unabhängig vom Ersten geltend machen, hat keinen Widerspruch durch denselben zu befürchten und braucht darum bei früherer Fälligkeit seiner Forderung nicht

---

[5]) Tuor: Das schweizerische ZGB, 2. Aufl. 1932, S. 602;
Brodtbeck: a. a. O., Art. 884, II, 2.

[6]) Tuor: a. a. O., S. 603.

den Verkauf seitens des ersten Gläubigers abzuwarten. Eine Gefährdung der Stellung des ersten Gläubigers ist keineswegs zu befürchten, da der zweite Gläubiger mit Rücksicht auf das vorgehende Befriedigungsrecht und die Gefahr, bei Verkauf unter ungünstigen Bedingungen selbst auszufallen, im eigenen Interesse die günstigste Konjunktur wahrnehmen wird. Während das römische Recht einseitig die Vormachtstellung des ersten Gläubigers befestigen will, das deutsche Recht in Milderung jenes Grundsatzes dem besitzenden zweiten Gläubiger ein Verkaufsrecht zubilligt, stärkt das schweizerische Recht die Interessen des zweiten Gläubigers, ohne dem ersten damit irgendwie wehe zu tun.

Wird der Pfandverkauf durch den ersten Gläubiger betrieben, so ist dieser zur Benachrichtigung des zweiten Gläubigers von der beginnenden Betreibung verpflichtet[7]), um diesem die Möglichkeit zu geben, seine Stellung zu befestigen durch Ausübung des ius offerendi. Dieses Lösungsrecht steht dem zweiten Gläubiger auf Grund von Art. 110 Z. 1 O R zu. Durch Ausübung desselben erwirbt er die Rechte des ersten Gläubigers, mithin dessen Forderung und das zu deren Sicherung dienende Pfandrecht. Bei Verweigerung der Annahme seitens des ersten Gläubigers kann der zur Ablösung Bereite die gleiche Wirkung durch Hinterlegung des zu zahlenden Betrages herbeiführen Art. 92, 96 O R.

Macht er von diesem Rechte keinen Gebrauch und kommt es zum Pfandverkauf durch den ersten Gläubiger, so hat der zweite Gläubiger in analoger Anwendung von Art. 911 ZGB einen Anspruch auf den Pfandüberschuß[8]).

§ 20. Die Bestimmungen des österreichischen Rechts.

Ebenso wie im deutschen und im schweizerischen Recht, ist auch im österreichischen Recht das Pfandrecht als Realkontrakt ausgebildet. Demgemäß wird zur Begründung eines Pfandrechtes an einer Mobilie die Uebergabe der Sache in die Verwahrung des Pfandgläubigers gefordert (§ 451 ABGB). An Stelle der wirklichen Sachübergabe tritt bei Sachen, die ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, die Uebergabe durch Zeichen (§ 427). Für den Regelfall ist jedoch an dem Erfordernis tatsächlicher Besitzverschaffung mit Rücksicht auf die Publizität festzuhalten[9]).

---

[7]) Haffter: a. a. O., S. 92.

[8]) Tuor: a. a. O., S. 599; Gmür: a. a. O., Art 886, I, 1.

[9]) Demelius: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht, S. 162.

Indessen ist dieses Prinzip auch in den Bestimmungen des österreichischen Rechtes nicht streng durchgeführt, sondern in analoger Anwendung des für Immobilien in § 1371 ausgesprochenen Grundsatzes die Verfügungsfreiheit des Verpfänders auch nach einer bereits auf die Sache gelegten Belastung anerkannt[10]).

Einem an sich recht schwach ausgebildeten Pfandrechtssystem zufolge finden sich nur wenige Bestimmungen betr. das zweite Pfand, sodaß die Entwicklung dieses Institutes im wesentlichen der Dogmatik und der Praxis vorbehalten blieb.

So findet sich auch über die Bestellung des zweiten Pfandes keine Sondervorschrift, sodaß dieselbe in den gleichen Formen für zulässig erklärt wird, in denen eine Sache zu Eigentum übertragen werden kann. Befindet sich die Sache bereits im Besitze eines ersten Pfandgläubigers, so genügt die Abtretung des gegen diesen gerichteten Herausgabeanspruches in Verbindung mit einer Anzeige im Gegensatze zum deutschen und schweizerischen Rechte nicht. Hinzukommen muß vielmehr noch der Abschluß eines Verwahrungsvertrages zwischen dem ersten und dem zweiten Pfandgläubiger, auf Grund dessen der zweite Pfandgläubiger mittelbarer Besitzer wird. Die an den ersten Gläubiger gerichtete Anweisung, den Besitz fortan für den zweiten Pfandgläubiger auszuüben, läßt den Besitz auf den Zweiten nur übergehen, wenn beide Gläubiger diese Anweisung annehmen[11]).

Wie bei allen bisher betrachteten Rechtsordnungen gilt auch im österreichischen Rechte der Grundsatz „prior tempore, potior iure", d. h. der Rang der Pfandrechte bestimmt sich nach dem Zeitpunkte ihrer Begründung.

Die Verwertung der Pfandsache erfolgt im Wege des Verkaufs unter Ausschluß jeder Verfallsabrede.

Die Befugnis zur Pfandveräußerung steht ebenso wie im schweizerischen Recht einem jeden Pfandgläubiger zu (§ 461), jedoch auch hier mit der Einschränkung, daß die Befriedigung eines nachstehenden Pfandgläubigers aus dem Pfanderlös erst nach derjenigen des Vormannes erfolgen kann, Exec. Ord. §§ 216, 286[12]).

---

[10]) Ehrenzweig: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I. Band, 2. Hälfte, S. 499.

[11]) Ehrenzweig: a. a. O., S. 78.

[12]) Ehrenzweig: a. a. O., S. 424; Neumann: Kommentar zur Executionsordnung § 216, S. 606, Z. 4.

Die Ausübung des Pfandverkaufes bewirkt das Erlöschen aller an der Sache bestehenden Pfandrechte und an die Stelle der Pfandsache tritt der Erlös. Wird der Verkauf durch den Erstgläubiger ausgeübt, so kann der Zweite von ihm Herausgabe des Pfandüberschusses verlangen, ebenso wie er bei sonstigem Wegfall von diesem Verschaffung des Sachbesitzes fordern könnte[13]).

Zur Befestigung seiner Stellung kann der Zweite durch Ausbezahlung des ersten Gläubigers an dessen Stelle rücken, § 462 ABGB. Im Gegensatze zu den Bestimmungen der §§ 1422, 1423 ist das Ablösungsrecht an keinerlei Einverständniserklärung gebunden, kann vielmehr auch gegen den Willen der Beteiligten ausgeübt werden[14]). Ebenso wie im BGB kann der zweite Gläubiger nach § 200 Z 2 österr. Exec. Ord. bis zur Vollendung der Versteigerung das Lösungsrecht ausüben.

§ 21. Die Vorschriften des Code Civil.

In Uebereinstimmung mit allen bisher betrachteten Rechtsordnungen hat auch das französische Recht das Pfand — gage — als Realkontrakt ausgebildet[15]). Das Erfordernis der Besitzverschaffung ist außerordentlich stark betont und die Mobiliarhypothek nur in den vom Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen für zulässig erklärt[16]).

Die Entsetzung des Verpfänders und die Besitzergreifung durch den Pfandgläubiger sind Voraussetzung der Gültigkeit der Verpfändung unter den Parteien. Der Ausschluß der freien Verfügungsmöglichkeit des Verpfänders, der Dritten gegenüber nicht weiter als Eigentümer einer unbelasteten Sache erscheinen soll, ist ein Erfordernis der Publizität[17]).

Trotz dieses sehr streng durchgeführten Grundsatzes schließt auch das französische Recht die zweite Verpfändung einer Mobilie nicht aus, sondern erklärt diese für zulässig, soweit nur den hinsichtlich der Besitzlage dargelegten Erfordernissen Genüge getan ist. Ebensowenig wie im österreichischen Recht reicht daher im Code Civil die Abtretung des Herausgabeanspruches zur Pfand-

---

[13]) Ehrenzweig: a. a. O., S. 492.

[14]) Ehrenzweig: a. a. O., S. 510.

[15]) Colin-Capitant: Cours Elémentaire de Droit Civil Français, 1924, Bd. 2, S. 757; Josserand: Cours de Droit Civil Positif Français, Bd. 2, S. 731, Nr. 1523.

[16]) Planiol-Ripert: Traité Pratique de Droit Civil Français, Bd. 12, 1927, S. 69.

[17]) Planiol: a. a. O., S. 89; Josserand: a. a. O., S. 730, Nr. 1521.

bestellung aus. Zur Einräumung eines zweiten Pfandrechtes muß sich vielmehr die Sache in der Hand eines Pfandhalters, eines tiers convenu (Art. 2076 C. c.), befinden[18]). Besitzer der Pfandsache zu treuen Händen kann auch der erste Pfandgläubiger sein, wenn er sich einverstanden erklärt, diese Rolle zu spielen, niemals dagegen der Verpfänder[19]).

Die zur Wirksamkeit des Pfandvertrages gegenüber Dritten erforderlichen Voraussetzungen schriftlicher Abfassung (Art. 2074) bei Ueberschreitung eines Wertes von 500 frcs., sowie die Registrierung, sofern es sich nicht um einen körperlichen Gegenstand handelt, seien an dieser Stelle erwähnt, jedoch nicht weiter erörtert, weil sie über das dieser Abhandlung zugrunde liegende Thema hinausgehen[20]).

Der außerordentlich gehobenen Besitzstellung des Pfandgläubigers im Code Civil entspricht ein demselben eingeräumtes Verfolgungsrecht im Falle unfreiwilligen Besitzverlustes. Dasselbe greift auch Platz im Falle der Pfandbestellung durch Uebergabe an einen Pfandhalter und ist darum auch dem zweiten Pfandgläubiger zuzusprechen[21]).

Der Inhalt des Pfandrechtes besteht nach Art. 2073 C. c. darin, sich aus der Sache bezahlt zu machen. Der Pfandverkauf vollzieht sich in aller Regel im Wege der Versteigerung (Art. 2078 C. c.) und das Recht, ihn einzuleiten, steht entsprechend der allgemeinen Fassung des Art. 2073 C. c. und dem Fehlen jeder Sondervorschrift, als Bestandteil des Pfandrechtes einem jeden Gläubiger zu.

Wird der Pfandverkauf ausgeübt, so setzen sich die ursprünglich an der Sache bestehenden Rechte am Erlöse fort. Das aus dem Pfandrecht fließende „privilège" besteht nunmehr am Pfanderlöse (Art. 2102 II C. c.) und nach dem Grundsatze „prior tempore potior iure" erfolgt bei mehrfacher Verpfändung die Befriedigung der einzelnen Gläubiger nach dem Range ihrer Pfandrechte[22]).

Entsprechend dieser Sachlage besteht bei Ausübung des Pfandverkaufes durch den ersten Pfandgläubiger ein Anspruch des Zweiten gegen diesen auf Auszahlung des ihm gebührenden Pfandüberschusses.

---

[18]) Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. 1, 1932, S. 682, V A 2; Josserand: a. a. O., S. 729, Nr. 1519, 2.

[19]) Planiol: a. a. O., S. 104.

[20]) Josserand: a. a. O., S. 732, Nr. 1524.

[21]) Josserand a. a. O., S. 736, Nr. 1532, 2.

[22]) Josserand: a. a. O., S. 738, Nr. 1537; S. 776, Nr. 1615.

Das Recht des zweiten Gläubigers durch Ausbezahlung des Ersten an dessen Stelle zu rücken, folgt aus Art. 1251. Es handelt sich hierbei um einen Fall gesetzlicher Subrogation (Art. 1249 C. c.), die jedoch — im Gegensatz zu den bisher besprochenen Rechtsordnungen — nur im Verhältnis eines nachstehenden Gläubigers zum vorgehenden, nicht auch umgekehrt gewährt ist. Durch die Zahlung des Zweiten an den Ersten erlischt dessen Forderung gegen den Schuldner. Diese geht jedoch nicht vollkommen unter, sondern besteht zugunsten des zweiten Gläubigers fort, sodaß nur ein Wechsel in der Person des Gläubigers stattgefunden hat. Der zweite Gläubiger rückt an die Stelle des Ersten, er erwirbt die alte Forderung, so wie sie dem Ersten zustand, mit dem zu ihrer Sicherung bestehenden Pfandrechte[23]).

§ 22. Das englische Recht.

Zwei Pfandformen für Fahrnis sind dem englischen Rechte bekannt. Ein Faustpfand, pledge oder pawn genannt, und die Mobiliarhypothek, chattel mortgage.

I. Das Faustpfand findet sich im Mittelalter in der Form eines bailment, d. h. in der Uebertragung einer Sache auf einen anderen mit der Verpflichtung zur Rückübertragung im Falle der Tilgung der Schuld[24]). Ungewiß ist dabei, ob es sich um eine Uebertragung zu Besitz oder zu Eigentum handelt. Wie in allen frühen Rechten war auch in England das Pfand ursprünglich Verfallpfand. Allmählich vollzog sich alsdann der Uebergang zum Verkaufspfand und damit die Auffassung des Pfandes als eines ius in re aliena, demzufolge bei dieser Pfandform das Eigentum beim Verpfänder verbleibt und nur der Besitz auf den Gläubiger übergeht.

II. Neben dieser Art der Verpfändung beweglicher Sachen kennt das englische Recht im Gegensatz zu allen anderen in dieser Darstellung erfaßten geltenden Rechten die Mobiliarhypothek. Dieses Institut soll hier besonders ins Auge gefaßt werden, weil es dem Verpfänder die Möglichkeit für die mehrmalige Verpfändung der gleichen Sache verschafft. Die Konstruktion der mittelbaren Besitzverschaffung, die auch dem englischen Rechte bekannt ist, kann darum außer acht bleiben, weil ein bequemeres Mittel zur Bestellung eines zweiten Pfandes zur Verfügung steht.

---

[23]) Colin-Capitant: a. a. O., S. 99, 90, 91, 97.

[24]) Kohlmann: Pfandrechte in Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. 2, S. 543.

Begründet wird die Mobiliarhypothek durch Uebertragung des Sacheigentums auf den Gläubiger unter Belassung des Besitzes beim Verpfänder. Die Zulässigkeit eines besitzlosen Pfandes weist große Aehnlichkeit mit der Regelung des römischen Rechtes auf — wenngleich der englische Hypothekengläubiger durch die Eigentumsgewährung mehr erhält als es in Rom der Fall ist — und es berührt sonderbar, daß gerade in demjenigen Staate, dessen Recht sich am meisten von römischem Einflusse losgelöst hat, die stärkste innere Verwandtschaft mit eben diesen Regeln aufzuweisen ist[25]).

Die Ursprünge des chattel mortgage sind ungewiß. Fest steht nur, daß es sich um einen Unterfall der Uebereignung durch „deed" handelt, eine Uebereignung, die durch Zahlung der Schuldsumme auflösend bedingt war[26]). Nichtzahlung am Tage der Fälligkeit beließ darum das Eigentum an der Pfandsache beim Pfandgläubiger.

Eine Aenderung erfuhr diese Regelung durch die Praxis der Equity-Gerichte, die gegenüber der starren Rechtsprechung der Common-Law-Gerichte die Billigkeit zur Grundlage der Rechtsprechung machten[27]). Nach diesen Grundsätzen wurde dem Schuldner eine Auslösungsmöglichkeit zur Rückerlangung der Sache gegen Erstattung der Kapitalschuld, sowie ihrer Nebenforderungen gewährt. Dieses Recht, sich die Sache noch nach der Fälligkeit der Schuld wieder zu verschaffen, das durch Parteiabrede nicht ausgeschlossen werden durfte und auf diese Weise zu einem Rechte an der Sache ausgestaltet wurde[28]), die equity of redemption, bildete ursprünglich sowohl bei Mobilien als auch bei Immobilien den alleinigen Gegenstand der zweiten Verpfändung[29]).

Diese Behauptung bedarf einer näheren Erklärung, welche die Klarlegung der Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen zur Voraussetzung hat.

Auf Grund der Pfandbestellung erwarb der erste Pfandgläubiger das Eigentum an der Sache, den „legal title", während dem Verpfänder nur das Auslösungsrecht als ein „equitable estate" verblieb, den allein er zu weiterer Kreditbeschaffung verwenden konnte.

---

[25]) Pringsheim: The inner relationship between English and Roman Law. The Cambridge Law Journal, 1933, S. 347 ff.

[26]) HWB. 1935, 5. Heft, S. 585.

[27]) Schwarz: Das englische Recht und seine Quellen; Zivilgesetze der Gegenwart II, S. 10.

[28]) Kohlmann: a. a. O., S. 508.

[29]) Coote: Treatise on The Law of Mortgage 1927, Bd. 1, S. 672.

Die Gesetzgebung von 1925 hat für Immobilien die Sicherungsübereignung aufgehoben, sodaß nach dem Land Property Act der legal estate beim Verpfänder verbleibt und es diesem ermöglicht, durch Begründung von „leases" mit verschieden langen „terms of years"[30]) mehrere „legal mortgages" auf ein Grundstück zu legen. Diese Regelung ergreift jedoch nur Grundstücke, während die Mobiliarhypothek auch noch nach 1925 in der früheren Form bestellt wird[31]). Darum hat nach wie vor nur der erste Gläubiger den legal estate und späteren Gläubigern wird nur ein equitable estate zugebilligt. Die Verpfändung der equity of redemption ist darum auch noch nach 1925 das einzige Mittel zur Bestellung eines zweiten Pfandes an einer Mobilie und die besondere Stärkung der Stellung des ersten Gläubigers gegenüber dem zweiten weist Aehnlichkeit auf mit der bedingten zweiten Verpfändung in Rom.

Zur Vermeidung der Gefahren, die ein reines Vertragspfand in sich birgt, wird in neuerer Zeit die Pfandbestellung mittels „deed" und Registrierung eingeführt[32]). Bedeutung kommt derselben jedoch nur im Verhältnis zu Dritten zu, während die Wirksamkeit inter partes — ebenso wie im französischen Recht — hiervon unabhängig ist, der Schuldner sich nicht auf das Fehlen dieses Erfordernisses berufen kann.

Die equity of redemption endet nicht mit dem Tage, an dem die Schuld fällig und nicht bezahlt wird; sie besteht vielmehr auch noch nach diesem Zeitpunkte weiter[33]) und dauert bis zur Zahlung durch den Schuldner oder dem Ausschluß der Geltendmachung dieses denjenigen eines mortgagee of land[35]).

Was die Rechtsstellung des Gläubigers im einzelnen angeht, so entsprechen die Befugnisse eines Gläubigers einer Mobiliarhypothek denjenigen eines mortgage of land[35]).

Im Endziel geht das Recht des Gläubigers wie überall auf Befriedigung aus dem Erlöse im Falle des Ausbleibens der Erfüllung. Dem die germanischen Rechte beherrschenden Grundsatze außerordentlicher Milde entspricht es jedoch, daß es im englischen Rechte nur selten zum Pfandverkaufe kommen wird[36]). Sind jedoch einmal

---

30) Cheshire: The Modern Law of Real Property, S. 511.
31) Kohlmann: a. a. O., S. 540.
32) H W B, S. 600/601.
33) Cheshire: a. a. O., S. 521, 522.
34) Cheshire: a. a. O., S. 525.
35) Kohlmann: a. a. O., S. 540.
36) Cheshire: a. a. O., S. 531.

die Voraussetzungen des Pfandverkaufes eingetreten, so kann derselbe nicht nur vom ersten Gläubiger, sondern auch von einem nachstehenden Gläubiger ausgeübt werden.

L P A s. 101 sieht vor, daß an Stelle der equity of redemption auch eine Klage auf Verkauf geltend gemacht werden kann und begründet damit die Verkaufsbefugnis des Inhabers eines equitable estate. Wurde das mortgage durch „deed" begründet, so steht dem Gläubiger das Verkaufsrecht ohne weiteres zu, während bei Fehlen dieser Form dasselbe aus analoger Anwendung der für das Faustpfand geltenden Grundsätze folgt[37]).

Die Wirkung des Pfandverkaufes besteht in einem Erlöschen aller Pfandbelastungen beim Verkauf durch den ersten Gläubiger, während beim Verkauf durch einen nachstehenden Gläubiger die Sache belastet mit den vorgehenden Rechten auf den Erwerber übergeht[38]).

Der Anspruch auf den Pfandüberschuß „surplus" steht grundsätzlich dem Verpfänder zu[39]), muß aber mit Rücksicht darauf, daß der Verpfänder sein „interest" an der Sache, die „equity of redemption" auf den zweiten Gläubiger übertragen hat[40]), diesem zugesprochen werden.

Das Recht, einen Gläubiger durch Ausbezahlung aus dem Pfandverbande ausscheiden zu lassen, „tacking", stand jedem Gläubiger gegen den anderen zu, dem Nachstehenden gegen den Vorstehenden und umgekehrt. Der Land Property Act von 1925 hat — umgekehrt wie die Regelung des Art. 1251 Code Civil — es jedoch nur im Verhältnis des früheren Gläubigers zum späteren aufrechterhalten[41]).

§ 23. Schlußbemerkung.

Ziel der angestellten Betrachtung war es, zu untersuchen, wie die verschiedenen Rechtsordnungen es ermöglichen, auch Mobilien zu mehrfacher Kreditbeschaffung zu verwenden. Vor allem mußte dabei eingegangen werden auf den Konflikt zwischen dem Schutze

---

[37]) Kohlmann: a. a. O., S. 540.

[38]) Cheshire: a. a. O., S. 532.

[39]) Heymann: Ueberblick über das englische Privatrecht in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 2, 1914, S. 318.

[40]) H W B, S. 606.

[41]) Cheshire: a. a. O., S. 539; Kohlmann a. a. O., S. 532, 533.

des Erstpfandgläubigers und der Zulassung einer zweiten Verpfändung.

Wenn wir rückschauend einen Blick auf die dargestellten sieben Rechte werfen, so läßt sich als sie verbindende Linie eine gewisse Hemmung des Gesetzgebers feststellen, die ihren Ausdruck findet entweder in Schwierigkeiten bei der Bestellung des zweiten Pfandes oder in der Gewährung von außerordentlich schwachen Rechtsbefugnissen.

Wohl kennt das römische Recht seit der Zulassung eines reinen Vertragspfandes ein bequemes Mittel zu mehrfacher Verpfändung derselben Sache, wobei allerdings die in der Mobiliarhypothek liegenden Gefahren — so auch im englischen Rechte — nicht außer acht gelassen werden dürfen. Ausgeglichen wird dies indessen durch die schwache Rechtsstellung, die dem zweiten Gläubiger zugebilligt wird.

Wie gezeigt, ist dies auch im BGB nicht viel anders geworden.

Ein Blick auf die ausländischen Rechtsordnungen läßt eine Stärkung der Rechtsstellung des zweiten Pfandgläubigers in der unbedingten Zubilligung des Verkaufsrechtes erkennen, wobei jedoch die für die Pfandbestellung sich ergebenden Schwierigkeiten in dem Erfordernisse eines Vertragsschlusses zwischen den beiden Pfandgläubigern im österreichischen und französischen Rechte einen Gegenpol bilden.

Im englischen System erhellt die Zurückstellung des zweiten Gläubigers gegenüber dem ersten daraus, daß jenem nur ein auf Billigkeitserwägungen beruhender „equitable estate" zugestanden wird, während das Vollrecht auf den ersten Pfandgläubiger ausschließlich übergeht.

Die glücklichste Lösung weist das schweizerische Recht auf. Die Abtretung des Herausgabeanspruches gegen den unmittelbaren Besitzer in Verbindung mit einer an diesen zu richtenden Anzeige macht eine zweite Verpfändung sehr leicht möglich und die Berechtigung zur Ausübung des Pfandverkaufes stellt eine Erhöhung der dem zweiten Gläubiger zustehenden Machtbefugnisse dar.

Diese Regelung schützt beide Gläubiger entsprechend der ihnen zukommenden Stellung und wird damit den Interessen sämtlicher Beteiligten in hohem, wohl dem bestmöglichsten, Maße gerecht.

Übersicht über die Bestellung eines 2. Pfandes und die dem 2. Gläubiger zustehenden Hauptbefugnisse.

	Pfandbestellung	Besitz	Verkauf	Hyperocha	Sukzession
Rom.	a) Bedingte Sachverpfändung b) Mobiliarhypothek c) Verpfändung der actio pigneraticia	Besitzklage gegen alle außer den 1.	Nur Fiskus Fehlt sonst	actio pigneraticia directa utilis	Ius offerendi bis zum Abschluß eines Kaufvertrages
Griechenland	Verpfändung der Hyperocha	Kein Besitzrecht	Kein Verkaufsrecht	Inhalt des 2. Pfandes	Ius offerendi
Deutschland	a) Abtretung des Herausgabeanspruches u. Anzeige § 1205 II. b) Einräumung von Mitbesitz: Pfandhaltervertrag § 1206	Gegen Verpfänder unbedingt, gegen Pfandgläubiger nach Maßgabe der Einräumung §§ 1227, 985, 1004	Besitzender 2. Gläubiger kann verkaufen; jedoch Besitzentziehungsklage des 1. § 1232	Anspruch folgt aus § 1247	Ausübung bis zum Vollzuge des Kaufvertrages §§ 1249, 1250, 1251 I.
Schweiz	Ebenso wie im BGB.	2. erst nach Befriedigung des 1. besitzberechtigt, jedoch vertragliche Abweichung möglich	Jeder Gläubiger kann verkaufen	Anspruch des 2. infolge analoger Anwendung von Art. 911 ZGB.	Lösungsrecht gemäß Art. 110 Z. 1 OR.
Oesterreich	Abtretung des Herausgabeanspruches genügt nicht. Vertrag zwischen den beiden Gläubigern	Anspruch des 2. auf mittelbaren Besitz	Jeder Gläubiger kann verkaufen	Anspruch kraft dinglicher Surrogation	Wie im BGB. § 462 ABGB.
Frankreich	Mobiliarhypothek nur in den gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen. In der Regel Uebergabe an einen tiers convenu. vgl. Oesterreich	Unmittelbarer Besitzer ist Besitzmittler für 2. Gläubiger	Jeder Gläubiger kann verkaufen	Befriedigung nach dem Range der Pfandrechte	Subrogation Art. 1251 Nur Ablösung des 1. durch den 2. nicht umgekehrt
England	Mobiliarhypoth. Verpfändung der equity of redemption	Kein Besitzanspruch	Jeder Gläubiger kann verkaufen	Anspruch auf Pfandüberschuß, surplus.	Ablösung des 1. durch den 2. aufgehoben durch LPA. 1925

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Albertario: Recension Fehr: Beiträge zur Lehre vom röm. Pfandrecht in der klassischen Zeit in Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, Bd. 49, S. 61.

Arangio-Ruiz: Studi Formulari. In Tema di adiudicatio in Bulletino del Istituto di Diritto Romano, Bd. 32, S. 36, 1922.

Beseler: Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen, Heft 2 und 4.
Miszellen: Einzelne Stellen, SZ 43, 543
Miszellen: Einzelne Stellen, SZ 45, 433, 468

Biondi: La compensazione nel Diritto Romano. Annali del Seminario Giuridico della r. Università di Parlermo,Vol. XII., S. 1, 162 ff

Brodtbeck: Bundesgerichtspraxis zum ZGB, 1934.

Cheshire: The Modern Law of Real Property, 1925.

Colin-Capitant: Cours Elémentaire de Droit Civil Français, 1924, Bd. 2

Coote: Treatise on The Law of Mortgages, 9. Ausgabe, 1927.

Das Recht: Juristisches Zentralblatt für Praktiker, 1926, Nr. 1109

Demelius: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischem bürgerlichen Recht, 1897.

Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen röm. Rechtes, 1860/64.

Ebrard: Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothecarezeption, 1917.

Eck: Neue pompejanische Geschäftsurkunden, SZ 9, 60.

Ehrenzweig: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, I. Bd., 2. Hälfte, 6. Aufl., 1923.

Eisele: Weitere Studien zum Texte der Digesten, SZ 30, 114.

Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen. Nach bürgerlichem Handels- und Prozeßrecht, 1909.

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.

Ermann: Beiträge zur Publiciana, SZ 11, 252.

Fehr: Beiträge zum römischen Pfandrecht in klassischer Zeit, 1910.

Gmür: Kommentar zum ZGB, 1925

Haffter: Das Fahrnispfandrecht und andere sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte, 1928.

Herzen: Besprechung von Manigk: Pfandrechtliche Untersuchung in SZ 25, 449.

Heymann: Ueberblick über das englische Privatrecht in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 2, 1914.

Hitzig: Das griechische Pfandrecht, 1895.

Jörs-Kunkel: Römisches Privatrecht, 1935.

Josserand: Cours de Droit Civil Positif Français, Bd. 2, 1930.

Kohlmann: Pfandrechte in Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. 2, 1931.

Kommentar der Reichsgerichtsräte, 8. Aufl., 1934., Bd. 3, Sachenrecht (zitiert RGRK).

Kretschmar: Secum pensare, 1886.

Kunkel: Diligentia in SZ 45, 266.

Lenel: Africans Quaestionen. Versuch einer kritischen Palingenesie SZ 51 1.
Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl., 1927.
Palingenesia Iuris Civilis, 1889.

Levy-Rabel: Index interpolationum quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur, 1929.

Manigk: Hypotheca in Pauly-Wissowa Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft, Bd. 9. (zitiert PWR).
Recension zu Fehr in Berliner Philologische Wochenschrift, 1912, Nr. 1.
Zur Geschichte der römischen Hypothek, I. Teil: Die Pfandrechtliche Literatur und Terminologie der Römer, 1904.

Mitteis: Besprechung von Fehr in SZ 31, 490

Motive zu dem Entwurfe eines BGB, 3. Bd.

Müller-Werner: Fragm. 50, Dig. De iure fisci 49, 14, ein Beitrag zum römischen Fiskalrecht, Inaugural-Dissert. Leipzig, 1927.

Naber: Observatiunculae de iure Romano. Quibus modis in pignus succedatur. Mnemosyne Bd. 38, S. 254.

Neumann: Kommentar zur Executionsordnung, 1902

Oertmann: Die Fiducia im römischen Privatrecht, 1890.
Der Pfanderlös bei Verkauf durch den nachstehenden Pfandgläubiger, in Juristische Rundschau, 1932, S. 49.

Partsch: Besprechung von Pappulias, in Archiv für Papyrusforschung, Bd. V., S. 498.

Planck: Kommentar zum BGB, 4. Aufl., 1920, Bd. 3.

Planiol-Ripert: Traité Pratique de Droit Civil Français, Bd. 12, 1927, Sûretés.

Pringsheim: Beryt und Bologna. Festschrift für Otto Lenel, S. 204
Der Kauf mit fremdem Geld, 1916.
The inner Relationship between English and Roman Law in The Cambridge Law Journal, 1933, S. 347.

Rabel: Grundzüge des römischen Privatrechts.
Die Verfügungbeschränkungen des Verpfänders besonders in den Papyri, 1909

Schulz-Fritz: Einführung in das Studium der Digesten, 1916.
Klagenzession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht, in SZ 27, 82.

Schwarz: Das englische Recht und seine Quellen, in Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. 2, 1931.

Siber: Beiträge zur Interpolationsforschung, SZ 45, 146.
Römisches Recht, II., Römisches Privatrecht.

Staudinger: Kommentar zum BGB, 9. Aufl., 1926, III. Bd., 2. Teil

Tuor: Das schweizerische ZGB, 2. Aufl., 1932

Volterra: Osservazione sul Pegno di Cosa Altrui in Diritto Romano, 1930

Wahl & Blomeyer: Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, in Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, 5. Bd., 8. und 9. Lieferung 1935, S. 583 (zitiert HWB).

Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, 1929, S. 25; 1930, Nr. 69.
Kommentar zum BGB., 2. Auflage, 1930, II. Bd.

Wieland: Das Sachenrecht des schweizerischen ZGB, 1909.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechtes, 9. Auflage, 1906.

Wolff-Martin: Der Mitbesitz nach dem Rechte des BGB., Iherings Jahrbücher 44, 148, (2. Folge, 8. Bd.)
Das Sachenrecht, 9. Bearbeitung, 1932.

Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. 1, 1932, Code Civil.

Lebenslauf.

Als Tochter des Kaufmannes Oskar Ullmann wurde ich am 14. Februar 1911 in Lahr in Baden geboren. Nach der Uebersiedlung meiner Eltern nach Freiburg im Breisgau besuchte ich daselbst die Mädchenrealschule. Ostern 1924 trat ich in deren realgymnasiale Abteilung ein. Ostern 1930 bestand ich an dieser die Reifeprüfung und widmete mich alsdann einem juristischen Studium an den Universitäten Freiburg im Breisgau und Bonn am Rhein. Am 31. Oktober 1935 beschloß ich dasselbe mit der Ablegung der juristischen Doktorprüfung.

Die Anregung zu der vorliegenden Arbeit verdanke ich meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Pringsheim, dem ich auch an dieser Stelle für seine stete Förderung meinen verbindlichsten Dank ausspreche.